



DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE

DU

CODE DE COMMERCE

LIVRE Ier

TITRE VI.

DES COMMISSIONNAIRES

AVEC

APPENDICE

SUR LES MODIFICATIONS QUI Y ONT ÉTÉ INTRODUITES

PAR J. BÉDARRIDE,

Avocat à la Cour Impériale d'Aix, ancien Bâtonnier.
Membre correspondant de l'Académie de Législation de Toulouse.

Prix : 9 fr.

PARIS,
AUGUSTE DURAND,
LIBRAIRE,
Rue des Grès, 7

AIX,
REMONDET-AUBIN,
LIBRAIRE-ÉDITEUR,
Sur le Cours, 53

1863



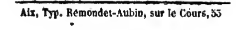
COMMENTAIRE

DU

CODE DE COMMERCE

TITRE VI.

DES COMMISSIONNAIRES.


Aix, Typ. Remondet-Aubin, sur le Cours, 53

DROIT COMMERCIAL

COMMENTAIRE

DU

CODE DE COMMERCE

LIVRE Ier

TITRE VI.

DES COMMISSIONNAIRES

AVEC

APPENDICE

SUR LES MODIFICATIONS QUI Y ONT ÉTÉ INTRODUITES

PAR J. BÉDARRIDE,

Avocat à la Cour Impériale d'Aix, ancien Bâtonnier,
Membre correspondant de l'Académie de Législation de Toulouse.

Prix : 9 fr.



PARIS,
AUGUSTE DURAND,
LIBRAIRE,
Rue des Grès, 7

AIX,
REMONDET-AUBIN,
LIBRAIRE-ÉDITEUR,
Sur le Cours, 53

1863

DROIT COMMERCIAL

CODE DE COMMERCE

LIVRE Ier

TITRE VI.

DES COMMISSIONNAIRES.

—

SECTION Ire.

Des commissionnaires en général.

—

ART. 91.

Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom, ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant.

ART. 92.

Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le Code Napoléon.

SOMMAIRE.

1. Caractère du contrat de mandat. Fréquence de sa nécessité dans les opérations de commerce. Ses avantages. Ses inconvénients.

2. Son insuffisance au point de vue de la célérité des opérations commerciales et du secret qu'elles exigent.
3. Avantages sous ce double rapport d'un commissionnaire agissant en son nom pour compte d'autrui. Conséquences.
4. Ce mode paraît ne pas avoir été pratiqué en droit romain. Opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin.
5. Système adopté et suivi par l'école italienne.
6. En France, avant et depuis l'ordonnance de 1673.
7. Système du Code. Nature de la faculté qu'il donne au commissionnaire d'agir sous son nom.
8. Caractère du contrat de commission, du commissionnaire à celui avec qui il contracte. Ses effets et ses conséquences.
9. Du commissionnaire au commettant. Conséquences.
10. L'opération faite sans l'ordre spécial peut-elle être laissée pour compte du commissionnaire ? A quelles conditions.
11. L'acceptation de l'ordre par le commissionnaire peut résulter du défaut ou du retard à répondre à la lettre d'ordre. Motifs de cette dérogation au droit commun.
12. Doctrine de l'école italienne sur l'acceptation du mandat.
13. Etendue de la liberté laissée en France d'accepter ou de refuser, à condition de faire connaître immédiatement ses intentions.
14. Délai dans lequel le commissionnaire doit remplir cette obligation. Effets de l'inobservation.
15. Devoir du commissionnaire refusant de veiller, en attendant, à la conservation de la chose.
16. Effets de la violation de ce devoir.
17. Nécessité pour le commissionnaire d'accepter le mandat dans le recouvrement des lettres de change.
18. Ses droits et ses devoirs dans le cas où il devrait payer une amende plus ou moins forte.
19. Effets de l'acceptation de l'ordre. Obligations qu'elle impose.

20. A quelles conditions peut-on revenir contre l'acceptation et résigner le mandat.
21. Conséquences que la doctrine a déduit de l'article 2007 du Code Napoléon. Cas divers de force majeure.
22. Le commissionnaire peut résigner l'ordre pour inimitié capitale ou pour le dérangement des affaires du commettant, survenu depuis l'acceptation.
23. *Quid* de la maladie dont il serait atteint ?
24. Peut-il résigner le mandat si son exécution était dans le cas de lui occasionner un préjudice considérable.
25. Opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin. Son caractère rationnel et juridique.
26. Dans quels cas la force majeure se réfère à la chose faisant la matière du contrat. Ses effets quant à la résignation du mandat.
27. Première condition pour que cet effet soit acquis. L'événement doit être indépendant du fait du commissionnaire. Conséquences s'il avait pu vendre avant et qu'il l'eût négligé.
28. Deuxième condition que l'impossibilité de remplir le mandat soit certaine et acquise. Comment s'établit cette impossibilité.
29. Effets de la perte totale ou partielle de la chose par force majeure.
30. *Quid* de l'avarie ?
31. Difficultés que peut faire naître l'avarie ou la perte survenue depuis l'arrivée des marchandises aux mains du commissionnaire.
32. Cas dans lesquels il serait responsable.
33. Cas dans lesquels aucune responsabilité ne saurait l'atteindre.
34. La preuve de la force majeure est à la charge du commissionnaire qui l'allègue pour sa libération.
35. Caractère de la preuve. Elle n'est utile que si elle établit l'absence de toute faute de la part du commissionnaire.
36. Opinion contraire de M. Proudhon. Réfutation.

37. Réponse de M. Troplong à l'argument tiré du caractère négatif du fait à prouver.
38. Opinion conforme de MM. Delamarre et Lepoitvin.
39. Résumé.
40. Obligation du commissionnaire qui répudie le mandat d'en aviser le commettant. Dans quel délai.
41. Interdiction faite au mandataire de substituer un tiers, s'il n'en a pas reçu le pouvoir dans la procuration. Effets de la violation.
42. Disposition de l'article 1994 du Code Napoléon. Ce qu'en a induit la doctrine.
43. Cette disposition régit le mandataire commercial, s'il a pu exécuter lui-même l'ordre.
44. Elle serait inapplicable si le commissionnaire étant légalement empêché, l'affaire était tellement urgente qu'elle ne comportât aucun retard.
45. Doctrine italienne à ce sujet.
46. Doctrine moderne.
47. La solvabilité et la capacité du substitué au moment de la substitution libèrent le substituant.
48. Caractère de l'obligation de se substituer, lorsque le commissionnaire n'en a pas reçu le pouvoir. Conséquences.
49. Effets de la clause de la procuration conférant ce pouvoir.
50. Diverses hypothèses en vue desquelles ce pouvoir a été conféré. Position du commissionnaire dans chacune d'elles.
51. Obligation du commissionnaire de substituer la personne qui lui a été désignée par le commettant.
52. Exceptions qu'elle comporte.
53. Devoir et droit du commissionnaire dans le cas de refus ou d'insolvabilité de la personne désignée.
54. Comment s'apprécie la conduite du substituant.
55. Caractère de la substitution faite contre la prohibition qu'en ferait le mandat.
56. Ses effets. Obligation d'indemniser le commettant.

57. Droit de celui-ci de refuser le remboursement des frais. Doctrine de Pothier et de Toullier.
58. *Quid* si l'affaire a réussi. Solution du droit romain. Interprétation que lui donnent MM. Delamarre et Lepoitvin.
59. Par quels motifs doit se résoudre la question.
60. Le substituant est tenu de rembourser le substitué, si ce dernier n'a pas connu la prohibition.
61. Effets de la substitution permise et régulière entre le commettant et le substitué. Obligations de celui-ci à l'endroit de l'exécution.
62. A quelles conditions le substituant est dégagé de toute responsabilité.
63. Effets de la connaissance que le substitué aurait eue des conditions imposées par le commettant.
64. Difficultés que présente en commerce la question de savoir s'il y a eu substitution. Conséquences.
65. A quoi s'applique le contrat de commission. Comment se détermine la qualité du commissionnaire.
66. Obligation du commissionnaire de se conformer à ses instructions. Sa nature dans le mandat impératif.
67. Dans quels cas le commissionnaire peut s'en écarter.
68. Jugement notable du Tribunal de commerce de Marseille.
69. Conditions dont doit justifier le commissionnaire qui a modifié l'ordre impératif.
70. Cette faculté s'applique aux conditions d'exécution, comme à l'ordre en lui-même.
71. Elle ne peut jamais être exercée par le commissionnaire à l'achat. Pourquoi ?
72. Exception que subit cette règle.
73. Caractère du mandat facultatif. Son effet.
74. Limites que comporte la liberté qui est laissée au commissionnaire.
75. Comment s'apprécie l'exécution du mandat facultatif, et les difficultés qu'elle peut faire surgir.
76. Caractère du mandat alternatif. Conséquences.

77. Le mandat accepté doit être exécuté sans retard. Conséquences de la violation de cette obligation.
78. *Quid*, si le sursis à l'exécution est motivé sur l'état du marché ?
79. Peut-on déclarer le commissionnaire à la vente responsable de l'aggravation de la baisse pendant le sursis ? Non, si le mandat est impératif.
80. *Quid*, s'il est facultatif ?
81. Le commissionnaire ne peut vendre à terme, s'il lui est prescrit de vendre au comptant, ni accorder un temps plus long que celui qu'il est autorisé à stipuler. Effets de l'inobservation.
82. Opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin. Ses motifs.
83. Examen et réfutation.
84. Le commissionnaire ne peut exécuter l'ordre avant ou après l'époque fixée par le commettant. Effets de l'inobservation.
85. A quelque époque qu'il ait vendu ou acheté, il doit compte de tout ce qu'il a reçu, et ne peut répéter que le prix qu'il a payé.
86. Il ne peut exécuter que dans le lieu qui lui a été désigné. Arrêts de la Cour de Montpellier et de la Cour de cassation.
87. Discussion au point de vue de la faculté que le commissionnaire a de vendre lui-même la marchandise qu'il est chargé d'acheter.
88. Au point de vue de l'effet de l'exécution partielle.
89. Conclusion.
90. Droits du commissionnaire, si le chiffre le plus élevé ne lui est indiqué que comme *maximum* à ne pas dépasser.
91. Obligation d'acheter dans la qualité déterminée. Son caractère et son étendue.
92. Obligation en ce qui concerne l'âge de la marchandise et sa provenance.
93. De suivre l'ordre successif des opérations tracé par le mandat.
94. D'expédier par la voie indiquée.

95. Effets de la violation du mandat à l'endroit de ceux qui ont traité avec le commissionnaire.
96. Nature de la responsabilité de celui-ci. Ses effets dans l'ordre de vendre et dans celui d'acheter.
97. Le commissionnaire qui a acheté au-dessus du prix qui était limité, peut-il, en ne demandant que celui-ci, contraindre le commettant à se livrer des effets achetés ?
98. Le commettant qui refuserait d'accepter n'aurait aucuns dommages-intérêts à réclamer.
99. Effets de la ratification. Sa nature.
100. De quels actes ou faits s'induirait la ratification tacite.
101. Résulterait-elle de la réception des marchandises et du payement de la voiture, en cas de vice dans la qualité ?
102. Conduite que doit tenir le réceptionnaire.
103. Objets de la commission pour opérations de change. Devoirs du commissionnaire chargé de faire accepter ou payer un effet de commerce.
104. Effets de son acceptation.
105. — de la négociation qu'il consomme.
106. Ses obligations, s'il tire d'ordre et pour compte de son commettant.
107. Le commissionnaire qui, comme accepteur, endosseur ou tireur, a payé le porteur a un recours contre son commettant.
108. Position du commissionnaire chargé d'acheter des lettres de change ou effets de commerce.
109. Répond-il du payement envers son commettant, à qui il a endossé l'effet ? Arrêt de la Cour de Paris pour l'affirmative.
110. Réfutation.
111. Position spéciale du commissionnaire aux assurances. Nature de l'obligation de déclarer sa qualité. Sa responsabilité.
112. Effets de sa réticence ou de sa fausse déclaration à l'égard des assureurs et du commettant.
113. Recours du commissionnaire qui a payé la prime con-

tre son commettant. Peut-il l'exercer s'il a fait assurer malgré la défense de celui-ci.

114. Effets de l'exécution fidèle et loyale. Droits du commissionnaire à être remboursé de ses avances et frais. Ce qu'ils comprennent.

115. La prime et les frais d'assurance doivent-ils être remboursés, si le commissionnaire a fait assurer sans ordre ?

116. La ratification serait facilement présumée. Exemple cité par Emérigon.

117. L'excédant de prime occasionné par la faute du commissionnaire doit être supporté par lui ainsi que les frais. Arrêt conforme de la Cour d'Aix.

118. Le commissionnaire qui a négligé de se faire payer par celui qui lui était indiqué répond du préjudice que sa négligence occasionne au commettant.

119. Le commissionnaire doit être indemnisé des pertes qu'il a essuyées à l'occasion du mandat.

120. Quand la perte sera-t-elle essuyée à l'occasion du mandat ? Système des jurisconsultes romains.

121. Règle tracée par Domat.

122. Le commissionnaire doit être indemnisé et garanti des engagements personnels qu'il a contractés.

123. Le commissionnaire chargé d'acheter à terme peut-il refuser de livrer la marchandise au commettant, si celui-ci ne paye immédiatement ou ne donne caution.

124. Le commissionnaire doit être payé de la commission.

125. But et origine de la commission dite *dû croire.*

126. Caractère de la commission simple. Quand est-elle due.

127. *Quid* si le commissionnaire est empêché de donner suite à l'affaire ?

128. Effet du contre-ordre donné après exécution.

129. Du contre-ordre donné avant exécution. Distinction entre l'ordre d'achat et l'ordre de vente.

130. Du contre-ordre donné après exécution partielle.

131. La révocation du mandat équivaut au contre-ordre. Conséquences.

132. Exception dans le cas de révocation ou de contre-ordre, motivé sur le dol ou la fraude du commissionnaire.
133. *Quid* si le dol, la fraude ou la faute n'affecte qu'une partie du mandat ?
134. Le mandat commercial peut être stipulé sans commission. Effets de cette stipulation.
135. Modifications que le droit de commission peut subir.
136. En quoi il consiste ordinairement. Comment il se calcule.
137. Porte-t-il sur les frais payés par le commissionnaire.
138. Conséquences du caractère de la commission. Elle désintéresse le commissionnaire qui ne peut rien s'attribuer au-delà.
139. Exception en cas de *dû croire*. Nature de celui-ci.
140. Ses effets, quant au payement à l'échéance.
141. L'obligation de garantir la solvabilité en cas de *dû croire* est absolue et sans exception ni distinction dans les causes produisant l'insolvabilité.
142. Le *dû croire* ne se présume pas.
143. Peut résulter tacitement des précédents.
144. Du taux de la commission offerte et acceptée.
145. La stipulation du *dû croire* est-elle licite et valable lorsque la solvabilité de l'acheteur est certaine ou garantie par une caution ou par un gage?
146. *Quid*, si la vente a été faite au comptant ? Opinion de Savary.
147. Opinion contraire de MM. Delamarre et Lepoitvin. Examen et réfutation.
148. *Quid*, en cas d'escompte des valeurs données en règlement du prix ?
149. S'il existe plusieurs commettants pour une affaire commune, ils sont tous solidairement tenus envers le commissionnaire.
150. La connaissance des difficultés, à l'occasion de l'ordre ou de son exécution, est déférée au tribunal de commerce du domicile du commissionnaire.
151. Admissibilité de la preuve testimoniale et par présomptions.

1. — Les services que le contrat de mandat était appelé à rendre n'ont été méconnus en aucuns lieux, à aucune époque. Aussi le voyons-nous prendre place dans le droit commun des nations vivant sous l'empire d'une législation civile; il n'est pas de législateur qui ait cru pouvoir se dispenser d'en consacrer le principe, d'en arrêter la forme, d'en régler les effets.

C'est surtout en matière commerciale que l'urgence de

ce contrat devait plus impérieusement, plus fréquemment se faire sentir. Le but du commerce a toujours été d'attirer dans un pays les productions de l'autre, et, sauf de très rares exceptions, ce n'est pas dans la localité où il est établi qu'un fabricant pourra se procurer la matière première ou s'assurer un débouché suffisant; qu'un marchand puisera l'assortiment que sa vente exige. Tous ont un besoin réel d'être représentés sur le marché de production ou de consommation et souvent sur l'un et sur l'autre. L'impossibilité, la grande difficulté de satisfaire personnellement à ce besoin explique l'origine des commis ou facteurs qu'on entretenait dans les diverses localités qu'on avait à exploiter.

Mais, à côté de ses incontestables avantages, cette institution avait ses inconvénients et ses dangers. La confiance illimitée qu'il fallait accorder au facteur le rendait en quelque sorte l'arbitre du sort de son patron, dont un abus de sa part pouvait compromettre la position et la fortune. Attaché d'ailleurs à la maison d'une manière permanente, le salaire convenu lui était acquis quelles que fussent la nature et l'importance des affaires qu'il faisait pour elle, alors même que le résultat était plus ou moins inférieur à la dépense qu'il occasionnait.

Des préoccupations de prudence et d'économie durent porter les commerçants vers le moyen qui devait leur faire trouver les avantages qu'offrait l'institution sans les exposer à ses inconvénients et ses dangers. Ce moyen s'offrait naturellement dans l'emploi d'un mandataire obéissant pour chaque opération à des instructions spéciales, ne pouvant les dépasser, et qui, chargé d'agir pour

son mandant d'une manière plus ou moins permanente, n'était jamais payé qu'à proportion des affaires qu'il avait accomplies.

2. — Le moyen que le mandat ordinaire offrait ne satisfaisait pas aux conditions que le commerce exige pour son développement et sa réussite. Le mandataire agissait au nom de son mandant. Or, en commerce, celui-ci a souvent le plus haut intérêt à rester inconnu, à répandre sur ses relations le mystère le plus impénétrable, qui, en prevenant une concurrence fâcheuse, lui assure le bénéfice de l'intelligence qui a présidé à ces relations.

D'autre part, dans le mandat ordinaire, le mandant seul est obligé; dès-lors, le commerçant d'une localité, à qui on venait proposer de traiter avec un tiers qu'il ne connaît même pas souvent, voudra naturellement se renseigner sur la position, sur la solvabilité de ce tiers. Il ira donc aux informations, et le temps consacré à écrire et à attendre la réponse aura fait évanouir toute l'opportunité et l'utilité de l'opération projetée et qui devra être abandonnée.

Nous avons donc raison de le dire, sous le double rapport du secret et de la célérité des opérations, l'emploi d'un mandataire ne répondait nullement aux exigences réelles du commerce.

3. — Le commissionnaire commercial, tel que le définit le Code de commerce, pouvait seul satisfaire à ces exigences et réunir ces avantages à ceux du mandat ordinaire : il est à l'endroit de son commettant un véritable

mandataire, mais lui seul le connaît et il ne sera pas tenu de divulguer son nom, parce qu'il n'aura aucun intérêt à le faire. Cette divulgation, en effet, ne l'exonèrerait pas de l'obligation directe qu'il contracte en son nom personnel.

Cette obligation aura pour résultat immédiat de rendre sa propre solvabilité la seule garantie de celui auquel il s'adresse. Or, comme il agira sur la localité où il est établi et connu, cette solvabilité sera facilement appréciée, et l'affaire pourra être conclue aussitôt que proposée.

Il est impossible qu'un pareil résultat ait pu rester longtemps ignoré de ceux qui y avaient un si vif intérêt. Aussi, et bien qu'avant le Code la législation ne se fût pas formellement expliquée, la pratique la plus usuelle avait fait de la commission commerciale l'usage que le Code a législativement consacré.

4. — Cette pratique était-elle connue et suivie chez les Romains? Avait-elle été entrevue par leur législateur? Rien ne l'indique, enseignent MM. Delamarre et Lepoitvin. Malgré un type analogique entre l'*institor* et le *præpositus*, et notre commissionnaire, il est fort douteux que les Romains aient jamais connu la commission telle qu'on la pratique de nos jours. On ne trouve dans leurs lois aucune disposition, aucune formule qui s'y adapte, et les documents historiques n'apprennent pas davantage qu'il y eût à Rome des commerçants dont la profession fût d'agir pour autrui, soit exclusivement, soit en opérant aussi pour leur compte.

D'ailleurs, ajoutent nos honorables jurisconsultes,

tous les secours que pouvaient exiger la conduite et l'expédition des affaires, le commerce les trouvait dans les fils de famille et surtout dans l'esclave, ses agents naturels et gratuits. L'emploi d'auxiliaires étrangers à la famille ne pouvait être qu'un accident passager, impuissant à constituer un besoin social. Voilà pourquoi, sans doute, le commissionnaire est inconnu dans une législation qui caractérise le facteur, le préposé et même le commis voyageur. On peut bien y apercevoir les premiers linéaments de la commission et même du change, ainsi que de l'assurance, mais il était dans la destinée du temps postérieur de leur donner plus de fermeté, de perfectionner ces utiles combinaisons, d'en faire l'instrument de la puissance du crédit, d'imprimer au commerce un mouvement plus énergique et de lui ouvrir une plus vaste carrière.[1]

5. — Le prodigieux développement que l'Italie des onzième et douzième siècles sut et put imprimer à son commerce prouve qu'indépendamment des préposés et des facteurs, on se servait de commissionnaires agissant sous leur propre nom pour compte d'autrui. Le mot, il est vrai, ne se rencontre ni dans la loi, ni dans la doctrine, mais celle-ci nous offre bien souvent la chose elle-même.

Ainsi, par exemple, Casaregis se pose cette question : Quelle est la position respective de celui qui a reçu un ordre d'acheter des marchandises et de les expédier et de celui qui a donné l'ordre? Il répond *nel quale colui che*

[1] *Contrat de commission*, Préface.

compra le merci, fa figura di procuratore, e chi a ordinata la compra, di mandante.[1]

Il est évident qu'une difficulté de ce genre ne pouvait surgir qu'à l'occasion d'un achat fait au nom de celui qui l'a contracté, mais pour le compte d'un tiers. Les qualités auraient-elles été, pouvaient-elles être douteuses si l'achat avait été contracté au nom du donneur d'ordre?

Mais voici qui est plus précis encore, l'usage d'en agir ainsi va être expressément indiqué. *Mercatores*, disait Casaregis, *non solent, tam propria quam aliena negotia propalare, sed ea secreto suoque sub proprio nomine agere, nusquam exprimendo nomen comittentis vel sui corresponsalis, cui forte quoque expedit, ob motiva prudentialia, sub alieno nomine sua negotia peragere.*[2]

Inter mercatores admittitur, disait de son côté Ansaldus, *quod licet mandatarius emat ad favorem alterius, in emptione tamen id non soleat exprimere, sed emat nomine proprio.*[3]

6. — La qualification de commissionnaire se rencontre dans la fameuse ordonnance de 1673. Il est vrai que tout se réduit à le déclarer passible de la juridiction consulaire. L'absence de toute règle sur l'exercice de cette industrie pourrait laisser quelque doute sur la pratique suivie. Ferrière augmenterait ce doute, puisque dans son

[1] *Disc.* 56, n° 7.
[2] *Disc.* 76, n° 5.
[3] *De comm., Disc.* 30, n. 32.

Dictionnaire du droit il définit le commissionnaire un agent ou facteur que tient un marchand dans les ports ou villes de trafic ou de manufactures pour faire en son nom des achats et des envois de marchandises.

Mais Savary nous apprend que le commissionnaire fut en France ce qu'il était en Italie. La première règle de conduite qu'il lui conseille d'observer, est de bien connaître les négociants pour lesquels il veut faire les achats, de vérifier s'il y a sûreté de leur envoyer les marchandises quand il se constitue débiteur pour eux envers ceux de qui il achètera, et jusqu'à quelle somme il pourra s'engager.[1] Où serait l'utilité de ce conseil si le commissionnaire, n'agissant qu'au nom de son commettant, n'engageait jamais que celui-ci ?

Les paroles de Savary témoignent donc que la pratique des Italiens était admise chez nous. Ceux-ci étaient de trop bons maîtres en cette matière pour qu'on ne suivît pas leurs exemples, alors surtout qu'en le faisant on assurait au commerce les deux conditions les plus indispensables à son développement, le secret et la rapidité de ses opérations.

7. — Une pratique depuis si longtemps suivie, et s'étayant sur de pareils fondements, s'imposait en quelque sorte au nouveau législateur commercial. Aussi les auteurs du Code de commerce n'hésitèrent-ils pas à la revêtir de l'autorité législative et à la convertir en loi. Désormais donc la faculté pour le commissionnaire d'agir en

[1] *Parfait négociant*, deuxième partie, liv. 3, chap. 2, pag. 230.

son propre et privé nom pour le compte d'autrui ne put être ni méconnue ni contestée.

Nous disons la faculté, car rien ne fait un devoir d'agir ainsi, et celui qui répugnerait à l'obligation personnelle résultant de son exercice, est libre, si le commettant y consent, à ne traiter qu'au nom de celui-ci. L'article 92 se réfère précisément à cette éventualité et en règle les effets. Dans cette hypothèse, l'agissement est moins une commission commerciale que l'accomplissement d'un mandat ordinaire, et c'est pourquoi l'article 92 le place sous l'empire des règles tracées pour celui-ci.

8. — Du commissionnaire commercial à celui avec qui il contracte, ce qui caractérise essentiellement le contrat, c'est que ce dernier, quoique convaincu par la qualité du premier qu'il traite pour compte d'autrui, ne connaît que lui, n'a d'obligé que lui, et n'a jamais aucun recours direct contre le commettant qu'il ne connaît même pas, qu'il est censé ne pas connaître. Il ne serait recevable à l'attaquer que par l'action oblique de l'article 1166 du Code Napoléon, et il devient dès-lors passible de toutes les exceptions opposables à son débiteur.

9. — Du commissionnaire au commettant, le contrat de commission n'est autre chose qu'un pur mandat. Il ne consiste, en effet, que dans l'ordre donné et reçu de faire, pour le compte de celui-ci, une ou plusieurs opérations déterminées. Le mode d'exécution donnée à l'ordre ne saurait influer sur son caractère ; que le réceptionnaire le remplisse au nom du commettant, ou en son

nom propre et personnel, il est évident qu'il ne fait qu'accomplir un mandat.

Donc, le contrat obéit naturellement et nécessairement aux principes du mandat ordinaire. Ce qui le distingue de celui-ci, c'est, d'une part, le caractère commercial de l'opération commise ; c'est, d'autre part, la spécialité qui fait que le mandat commercial constitue, pour celui qui l'accepte, un acte de commerce ; c'est enfin que la non-gratuité, qui est l'exception en droit commun, est pour la commission la règle générale. En dehors de ces effets, la commission, quant à son caractère, quant aux conditions essentielles pour sa constitution, ne saurait être distinguée du simple mandat.

Elle est donc, comme celui-ci, un contrat du droit des gens, consensuel, synallagmatique, imparfait, c'est-à-dire ne donnant naissance à une obligation que *ex post facto*, et révocable. Tous les deux reposent sur les mêmes principes de nécessité, de confiance, de capacité.[1]

10. — Le contrat n'est donc parfait que lorsque, ayant pour objet un acte licite, l'ordre a été donné par l'un, accepté par l'autre. Cependant, dans plusieurs circonstances, le commissionnaire, autorisé à agir dans l'occasion, n'attend pas l'ordre spécial et traite pour son commettant, qu'il informe ensuite de l'opération. Dans cette hypothèse, la perfectibilité du contrat est subordonnée à l'adhésion de celui-ci.

Cette adhésion peut-elle être refusée et l'opération

[1] Goujet et Merger, v° *Commiss.*, n° 10.

laissée pour le compte personnel du commissionnaire? C'est là une question dont la solution est abandonnée à la prudence du juge, et qui doit puiser ses éléments dans la nature des relations existant entre les parties, dans la correspondance, dans les précédents. Dans tous les cas, le commettant est obligé de manifester ses intentions dès la réception de l'avis; le silence qu'il garderait, le retard qu'il mettrait à s'expliquer, serait considéré comme une ratification, et le rendrait non-recevable à répudier ultérieurement l'opération du commissionnaire.

C'est là la conséquence d'un principe que Savary et Pothier, notamment, enseignaient sous l'ancien droit, et que la doctrine moderne a admis sans difficulté. Le négociant qui reçoit par correspondance un ordre, une commission, un mandat, une offre, est censé acquiescer au contenu de la lettre s'il ne répond pas, ou s'il néglige de répondre en temps utile.

C'est donc très juridiquement que la Cour de Liége déclarait, le 16 mars 1812, que le commettant qui laisse sans réponse des lettres par lesquelles son commissionnaire, bien qu'étant en retard, lui annonce l'envoi de marchandises, ne peut, en se fondant sur ce retard, refuser de recevoir ces marchandises, son silence équivalant à un consentement formel de les recevoir malgré le retard.

11. — L'application de ce principe, sollicitée par le commettant contre le commissionnaire, afin d'induire du silence gardé sur la lettre d'ordre l'acceptation de cet ordre, ne devrait rencontrer aucun osbtacle. En droit commun, le mandataire n'est pas tenu de contredire à la

procuration, et tant qu'il se borne à garder le silence sans se livrer à aucune exécution, il est censé ne pas l'avoir acceptée.

Mais, observe avec raison M. Troplong, il ne peut en être de même pour les mandataires de profession, les avoués, notaires, commissionnaires de commerce, etc., auxquels on s'adresse pour des affaires rentrant dans leur ministère, ceux-là sont censés accepter le mandat par cela seul qu'ils en ont reçu l'avis sans donner de réponse. Leur office est acquis de droit à quiconque le leur demande. Ils sont censés provoquer, solliciter les clients par leur exercice public, accepter par conséquent ceux qui se présentent ; et pour faire tomber la présomption virtuelle, je me trompe, la preuve manifeste qui ressort de cet état de choses, il faut qu'ils s'expliquent et donnent un refus formel.[1]

12. — Telle était la rigueur de l'école italienne à l'endroit du commissionnaire commercial, que dans l'origine il ne lui fut pas permis de refuser son ministère : *Nam mercatores exercentes mercaturæ officium non possunt aliis mercatoribus operam suam denegare quoad ea quæ artem mercatoriam respiciunt ; et ideo tenentur exterorum mercatorum ad eos recurrentium, eoque magis suorum corresponsalium merces, res vel pecunias excipere, mandataque ad eorum negotia expedienda eis data acceptare.*[2]

[1] *Du Mandat*, n° 344.
[2] Casaregis, *Disc.* 190, n° 5.

A l'objection que cette obligation pouvait être ruineuse et qu'elle était contraire aux notions du droit, on répondait qu'ainsi le voulait la nécessité d'écarter les inconvénients *per quæ equitas seu bona fides a mercatoribus exularet vel turbaretur, vel in aliquo læderetur publicum commercium;* que devant une pareille éventualité *debeant omnes juris regulæ silere, et in earum locum altera contraria recipienda sit determinatio, quæ mercatorum bonæ fidei, et publici commercii bono non repugnet, sed faveat.*[1]

Cependant, les effets véritablement désastreux qu'il était dans le cas de produire avaient fait modifier la rigueur du principe. Du temps de Casaregis, le refus était autorisé, mais à condition : 1° qu'il eût un juste motif; 2° que le retard n'entraînât aucun préjudice, et que le commettant pût être avisé en temps utile.

13. — Il ne paraît pas qu'en France on ait jamais suivi la doctrine italienne, même modifiée. Les conséquences de l'acceptation du mandat, l'obligation personnelle et directe résultant de son exécution étaient, au point de vue de l'équité stricte, autant de motifs qui ne permettaient pas de contraindre l'une et l'autre. Le commissionnaire était donc entièrement libre d'accorder ou de refuser son ministère.

Mais cette liberté, que la législation nouvelle a respectée et maintenue, ne va pas jusqu'à autoriser le commission-

[1] *Ibid.*, n° 13; De Luca, *De regalib.*, *Disc.* 115, n°s 5, 6, 7 et 8; Ansaldus, *De comm.*, *Disc.* 25, n° 37.

naire à se prévaloir du principe que le mandataire n'est pas tenu de contredire à la procuration. S'il use de son droit de refuser l'ordre qu'il lui est adressé, il est tenu d'aviser le commettant de sa résolution. Il est évident que celui-ci n'a pas à prévoir un refus que la qualité même de celui à qui il s'adresse ne devait pas lui faire pressentir ; qu'il ne se mettra donc en mesure de se pourvoir ailleurs que lorsque l'avis du refus le placera en position et en demeure de le faire. M. Troplong a mille fois raison. Le silence que garde un commissionnaire ne crée pas seulement une présomption de l'acceptation de l'ordre, il en est la preuve virtuelle. Cette industrie ne serait plus pour le public qu'un piége dangereux, si on pouvait l'admettre autrement.

14. — Le motif qui obligeait le commissionnaire à manifester sa résolution militait également pour qu'on exigeât que ce devoir fût rempli dans le plus court délai possible. L'urgence des opérations commerciales le commandait impérieusement ainsi, et puisque le commettant est obligé de faire un autre choix, il était naturel qu'on le mît sur-le-champ à même de le faire utilement pour ses intérêts.

Le Code espagnol a même précisé le délai en prescrivant au commissionnaire qui refuse d'en donner l'avis courrier par courrier. Si cette obligation n'est pas dans la lettre de notre loi, elle est bien certainement dans son esprit, et la négligence qu'on mettrait à la remplir ferait peser sur son auteur les conséquences dommageables qu'elle aurait entraînées pour le commettant.

D'ailleurs, l'opération commise peut être d'une nature telle que le retard mis à l'envoi de l'avis soit sans influence sur le sort de l'affaire. Donc, à quelque époque que le commissionnaire notifie ses intentions, il n'encourt ni reproches fondés, ni responsabilité, si le commettant a été en mesure de s'adresser à un autre et de prendre les mesures que son intérêt réclame.

15. — Une autre dérogation aux principes du droit commun en matière de mandat, est l'obligation imposée au commissionnaire, même refusant, de prendre toutes les mesures que la nature des choses exige, en attendant que le commettant ait pourvu à son remplacement.

C'est là une autre conséquence de l'exercice public, d'une profession qui appelle et provoque la confiance. Celui qui a des marchandises à vendre dans une localité où il n'a ni établissement, ni domicile, les transmettra à un commissionnaire sans croire devoir s'assurer préalablement d'un concours que tout indique devoir être donné avec empressement. Le refus est un événement qu'il ne pouvait prévoir ou craindre, il est donc naturel qu'en l'informant de ce refus, celui à qui il s'est adressé protége et conserve la chose qu'on a voulu lui confier. Un négociant, dit M. Troplong, envoie des marchandises à son commissionnaire pour une opération dont le commissionnaire refuse de se charger. Ce refus n'empêche pas que ce dernier doive, sous sa responsabilité, soigner les marchandises et veiller à leur conservation en attendant les ordres du commettant.

Si, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, on m'adresse

une cargaison avec avis d'anticipation prise sur moi à courtes échéances, libre de ne point accepter le mandat, je ne le suis pas de refuser à la marchandise les soins que sa conservation réclame.[1]

16. — Le commissionnaire qui aurait omis ce devoir n'aurait aucune excuse légitime à alléguer, pas même celle tirée de la nécessité de faire des avances. Son intérêt ne saurait jamais en souffrir, ses frais de conservation ne dépasseront jamais la valeur des marchandises et seront souvent fort loin de l'atteindre. La détention de la marchandise enlève donc tout péril, puisqu'elle assure par privilége, et au besoin par le droit de rétention, le remboursement des frais en capital et intérêts.

Il n'y avait donc pas à hésiter dans l'intérêt même des commissionnaires. Qui oserait entrer en relation avec eux, si la chance d'un refus faisait craindre de voir les effets expédiés avec la plus entière confiance laissés à l'abandon, exposés à des détériorations, à des dépérissements, ou donner lieu à des frais d'une consignation judiciaire.

Sans doute, c'est à cette mesure qu'on devra recourir en définitive, parce que le commissionnaire ne peut être tenu de garder indéfiniment un dépôt qui engage sa responsabilité. Mais il ne doit et ne peut provoquer cet expédient que si le commettant dûment avisé refuse ou néglige de prendre les dispositions que la connaissance de ce refus rend nécessaires.

[1] T 1, n° 27.

17. — La liberté pour le commissionnaire de refuser ne reçoit qu'une seule exception, à savoir : dans l'hypothèse où le refus entraînerait pour le commettant une prescription ou une déchéance. Cette hypothèse se présentera dans les opérations de change ; il peut en effet se faire que le commissionnaire chargé de recouvrer ou de faire protester ne reçoive la lettre que la veille ou le jour même de l'échéance. Quelque prompt que fût dans ce cas l'avis du refus, le protêt ne pourrait être requis en temps utile.

On n'a donc pas permis au commissionnaire de refuser la mission qui lui est confiée. Il doit présenter la traite et requérir le protêt, sous peine de répondre des conséquences que ce défaut de protêt pourrait avoir pour le commettant.

Vainement alléguerait-il qu'on ne lui a pas consigné les frais du protêt et qu'il n'était pas tenu d'en faire l'avance ? La doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour repousser cette excuse que la modicité des frais rendait en effet inacceptable.

18. — Il en serait autrement si, indépendamment des frais de protêt, il y avait à payer une forte amende. L'avance pourrait paraître et être souvent fort hasardée. Il ne serait donc pas juste de contraindre le commissionnaire à en courir la chance.

Mais, dans cette hypothèse même, il n'est autorisé ni à retenir l'effet entre ses mains, ni à le renvoyer purement et simplement. Il est au contraire tenu de prendre les mesures qui, tout en le dispensant d'une avance qu'il ne

veut pas faire, sont de nature à sauvegarder les intérêts et les droits du commettant.

Ainsi, enseignent MM. Delamarre et Lepoitvin, il doit remettre l'effet à un huissier ou à un notaire, en les prévenant qu'il n'entend nullement garantir les avances nécessaires. Sur le refus de l'un ou de l'autre, il doit les faire commettre par justice, et il n'a plus à s'inquiéter de ce que fera l'huissier ou le notaire commis, ni à faire des avances. Pour lui, plus de responsabilité.[1]

19. — L'acceptation, soit qu'elle ait été expressément donnée, soit qu'elle résulte tacitement du défaut de réponse à la lettre d'ordre ou d'un commencement d'exécution, lie le commissionnaire qui est tenu d'accomplir l'opération dont il s'est chargé. La règle, à cet égard, n'a jamais varié : *Mandatum suscipiens ad aliquid agendum, tenetur adimplere illud, alias tenetur ad interesse.*[2]

20. — Cette règle n'est pas cependant tellement absolue qu'elle exclue toute exception. De tout temps, le mandataire a pu renoncer au mandat qu'il avait d'abord accepté, mais à la condition législativement consacrée par l'article 2007 du Code Napoléon : 1° que la renonciation soit notifiée au mandant ; 2° qu'elle ait lieu en temps opportun, c'est-à-dire à une époque où les choses étant encore entières, la substitution du mandat pourra

[1] T. 2, n° 28.
[2] Casaregis, *Disc.* 27, n° 4.

être opérée sans occasionner aucun préjudice au mandant.

Que le commissionnaire puisse se prévaloir de cette disposition, c'est ce que nous admettons sans hésiter. Pourquoi le traiterait-on autrement que le mandataire simple, lorsque sa renonciation laisse l'intérêt du commettant indemne et sans atteinte, lorsque l'opération qu'il répudie peut, sans inconvénient et sans danger, être confiée à un autre? Les restrictions édictées par l'article 2007 du Code Napoléon permettent donc d'étendre sa disposition au mandat commercial lui-même.

Mais l'article 2007, obéissant à un sentiment de justice, va plus loin, la renonciation préjudiciable au mandant est autorisée, lorsqu'elle est la conséquence de l'impossibilité pour le mandataire de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. Nul n'est tenu de préférer l'intérêt d'autrui à son intérêt propre. Le législateur pouvait d'autant moins exiger le contraire dans le mandat, que la gratuité qu'il a consacrée en principe supposait chez celui qui l'accepte un sentiment de pure obligeance, qui devait naturellement s'éteindre avec la circonstance qu'il était désormais inconciliable avec ses intérêts personnels.

21. — Ce que la doctrine a induit de l'article 2007 du Code Napoléon, c'est que la renonciation au mandat était licite à toute époque, dès qu'elle était commandée par un événement de force majeure. Nul, en effet, ne saurait être victime d'un fait qui se produit malgré lui et indépendamment de sa volonté, qu'il n'a pu ni prévoir,

ni empêcher. Rien ne pouvait ni ne devait placer le contrat de mandat en dehors de cette règle générale.

Or, la force majeure se référera soit à la personne des parties, soit à la chose faisant la matière du contrat. Comme exemples de la première hypothèse, on a toujours cité la maladie du mandataire, le dérangement des affaires du mandant, une inimitié capitale née entre eux depuis l'acceptation, l'impossibilité pour le mandataire de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. L'article 2007 consacre expressément cette dernière cause.

22. — Ces causes agissent-elles pour le commissionnaire comme pour le mandataire civil, motivent-elles la renonciation à exécuter l'ordre et sans indemnité, malgré le préjudice qu'en éprouverait le commettant?

L'affirmative nous paraît incontestable dans l'hypothèse du dérangement des affaires du commettant et dans celle d'une inimitié capitale survenue depuis l'acceptation de l'ordre.

L'exécution de celui-ci entraînera ou l'obligation personnelle du commissionnaire s'il s'agit d'acheter, ou l'acceptation de traites tirées par anticipation en cas de vente. Ce sont là des avances plus ou moins considérables qu'on ne fait qu'à une personne dont la solvabilité notoire promet un remboursement assuré.

Si cette solvabilité existant au moment de l'acceptation s'est évanouie depuis, cette acceptation a perdu sa cause principale, son élément essentiel, elle peut donc être retractée. Il serait par trop rigoureux de ne tenir aucun

compte du changement d'état du commettant et de contraindre le commissionnaire à réaliser des avances avec la certitude des difficultés, et peut-être de l'impossibilité que présenterait leur remboursement.[1]

L'inimitié capitale qui a succédé aux rapports d'intimité et de confiance qu'exigent les relations de commissionnaire à commettant amènerait incontestablement ce dernier à user de la faculté absolue qu'il a de révoquer le commissionnaire.

A défaut d'initiative de sa part, nous admettrions la renonciation du commissionnaire. On ne saurait, en effet, lui imposer la continuation de rapports que la survenance de l'inimitié a rendus d'une extrême délicatesse, qu'il peut facilement supposer devoir devenir pour lui une source de difficultés et de chicanes. Tout bon rapport devenant impossible, dit M. Troplong, le mandat est nécessairement rompu. Ce mandat suppose l'amitié, la confiance et le dévoûment : les haines capitales en sont la destruction.[2]

Ces considérations ne perdent rien de leur autorité, lorsqu'au lieu d'un mandataire civil on se trouve en présence d'un mandataire commercial. On devrait donc décider pour celui-ci ce qu'on déciderait pour celui-là.

23. — La maladie du mandataire est dans le mandat civil une cause légitime de renonciation. Ce mandat, en effet, s'adresse exclusivement à la personne, et l'empê-

[1] Not. *Comm. de la Vente*, n° 265.
[2] N° 803.

chement qui ne lui permet pas de s'occuper de ses propres affaires doit l'exonérer des soins promis aux intérêts d'autrui.

Le commissionnaire est ordinairement à la tête d'un établissement plus ou moins considérable. On s'adresse bien plus à une maison de commerce qu'à une individualité. Or, la maladie du chef de la maison ne détermine presque jamais la cessation des opérations. Elles sont, sous le nom et la responsabilité du chef, continuées par les préposés ou commis par lesquels la maison est momentanément gérée. Il n'y aurait donc aucun motif sérieux qui pût l'autoriser à revenir contre l'acceptation de la commission.

24. — Pourrait-on, devrait-on l'autoriser à le faire dans l'hypothèse prévue par la disposition finale de l'article 2007 du Code Napoléon? Nous venons de voir que, pour le mandataire ordinaire, l'impossibilité de continuer le mandat sans s'exposer personnellement à un préjudice considérable lui donnait le droit de le répudier et sans indemnité dans aucun cas. En ce qui le concerne, on ne pouvait hésiter. Le mandat que régit le législateur est déclaré essentiellement gratuit. Il n'est donc considéré chez celui qui l'accepte que comme un acte de pure obligeance. Il eût été inique en cet état de ne pas prendre en considération l'événement qui, le plaçant dans une position nouvelle, lui en rendrait l'exécution essentiellement préjudiciable.

Bien différente est la position du commissionnaire, il n'attend pas, lui, que la confiance vienne le chercher; il

l'appelle, la sollicite, la provoque dans un but de spéculation et de trafic. Le mandat commercial est essentiellement salarié. Le commissionnaire y trouve donc un profit qui s'augmente à proportion des avances qu'il aura à faire, et qui lui fournissent l'occasion de faire valoir ses fonds ou d'utiliser son crédit.

Pour lui donc, son industrie est un véritable commerce, devant comme tout autre offrir une chance de perte à côté de celle d'un gain. Puisqu'il profite de celle-ci, il doit également subir l'autre. Est-ce qu'on permettrait à un commerçant de se délier de ses engagements par le motif qu'il ne pourrait les exécuter sans éprouver un préjudice considérable ? Pourquoi en concèderait-on la faculté au commissionnaire ?

Un pareil résultat n'est pas seulement repoussé par la raison, il l'est également par la nature même de l'industrie qu'exerce le commissionnaire.

En principe, celui qui accepte d'agir pour autrui, et qui a été mis en position de le faire, doit se vouer à l'intérêt de celui qui s'en est remis à ses soins, de préférence même à son intérêt propre. L'illustre président Favre, par exemple, se demande si le commodataire, placé en cas d'incendie dans l'alternative de sauver ses effets ou ceux du prêteur, peut sacrifier ceux-ci.

L'affirmative, dit-il, s'induirait de ce qu'il est dans notre nature de nous aimer plus que les autres, par conséquent de préférer le salut de nos propres choses au salut de la chose d'autrui.

Mais il n'est pas permis d'en agir ainsi, il faut toujours que le devoir l'emporte sur les propensions naturelles.

Or, l'emprunteur doit tout au moins aux choses prêtées autant de soins qu'à celles qui lui appartiennent. Il ne peut donc préférer celles-ci sans commettre non pas une faute, mais un dol; et cette solution, le président l'admet non-seulement lorsque les choses sont d'une valeur égale, mais encore lorsque *res commodata erat vilis pretii, res vero commodatarii preciosa*, parce que le commodataire ne peut jamais agir autrement sans manquer à la foi promise. Le président ajoute : La même conduite est imposée au dépositaire.[1]

Cette doctrine du célèbre magistrat est devenue notre loi. L'article 1882 du Code Napoléon la consacre en termes formels.

Comment affranchirait-on le commissionnaire de l'obligation faite au commodataire et au dépositaire? Le commettant a-t-il moins que le prêteur ou le déposant suivi la foi de celui qu'il a investi de son mandat? Lui est-il donné de prendre personnellement les mesures que malgré l'urgence celui-ci ne jugerait pas nécessaire de prendre?

Or, si le commissionnaire est tenu de préférer l'intérêt du commettant au sien propre, comment lui reconnaître la faculté de puiser dans celui-ci la faculté de préjudicier impunément à celui-là.

25. — Concluons donc avec MM. Delamarre et Lepoitvin que le commissionnaire est non-recevable à revendiquer le bénéfice de la disposition finale de l'article 2007

[1] *Rationn.*, t. 3 p. 553.

du Code Napoléon. Cette exception, spéciale au mandat civil salarié ou non, reste sans application au mandat commercial ; juste et sans danger dans l'un, elle pourrait devenir dans l'autre l'occasion de fraudes nombreuses. La justesse de cette théorie est rendue évidente par les exemples dont nos estimables auteurs la font suivre.

« Connaissant ma capacité et mon expérience en affaires, vous m'avez chargé de la liquidation et du partage d'une succession dont les intérêts sont fort compliqués ; mais pendant que je m'en occupe, j'apprends qu'à l'Ile-Bourbon il s'est ouvert à mon profit une hérédité qui exige ma présence, sans quoi je suis exposé à une perte considérable. Il est évident que, salarié ou non, je ne puis être tenu de sacrifier mes intérêts aux vôtres.

« Supposez-moi maintenant consignataire d'un navire, et chargé d'en former l'équipage et la cargaison, de l'expédier et de faire les avances, etc. . . A qui paraîtra-t-il juste que je puisse laisser là le navire et son armement pour aller au loin soigner mes propres affaires, sans égard à mes engagements et à l'immense préjudice que cet abandon vous cause?

« Vous apprenez que Pierre, votre débiteur véreux, a des marchandises pareilles à celles que vous vous êtes chargé de vendre pour moi ; craignant de n'être pas payé si la vente de Pierre est contrariée par une concurrence, vous renoncez à mon mandat, afin, me dites-vous, de ne pas éprouver un préjudice considérable. Entre temps Pierre écoule ses indigos, les miens s'avilissent et vous

n'évitez la perte dont vous étiez ménacé, qu'en m'en infligeant une pareille.[1] »

Chacun dira, avec MM. Delamarre et Lepoitvin, qu'un acte de ce genre est entaché de la plus insigne déloyauté, contraire au bon ordre et à l'intérêt du commerce. Il faudrait cependant l'accepter si le commissionnaire pouvait se prévaloir de l'article 2007.

Quant à l'absence forcée, nous répèterons ici ce que nous disions tout à l'heure de la maladie. Il n'est pas présumable que sa nécessité détermine la fermeture de l'établissement commercial. Le chef absent, la maison sera gérée, sous son nom et sa responsabilité, par son associé, par sa femme, ses enfants, ses commis. Tout continuera donc comme par le passé, et il doit en être du mandat entrepris comme de toute autre opération. Il ne saurait donc être déserté sans être obligé d'indemniser du préjudice que cette désertion occasionnerait.

MM. Delamarre et Lepoitvin ont donc raison, la commission commerciale échappe à la dernière disposition de l'article 2007 du Code Napoléon. M. Troplong ne voudrait pas le décider d'une manière absolue, tout en reconnaissant que son application doit être moins facile dans les affaires commerciales.[2] Les considérations qui précèdent ne nous semblent pas permettre de partager le scrupule du célèbre et savant magistrat.

26. — La force majeure se réfère à la chose elle-même,

[1] T. 2, n° 46.
[2] N° 408.

lorsque l'intention des parties et leur volonté n'ayant pas varié, l'opération ne peut être accomplie par les accidents survenus à la chose en faisant la matière. La certitude de l'impossibilité due à ces accidents acquise, le commissionnaire peut répudier le mandat sans être tenu du préjudice qu'en souffre le commettant.

27. — Mais cette faculté est subordonnée à certaines conditions; la première et la plus essentielle, est que les accidents créant l'impossibilité d'exécution soient inhérents à la chose elle-même; qu'ils se soient produits naturellement et indépendamment du fait ou de la faute du commissionnaire.

Or cette condition ne se rencontrerait pas si l'ordre avait pu être exécuté, et si l'impossibilité actuelle de le faire n'était que la conséquence du retard mis à le remplir. Ce retard serait de la part du commissionnaire une négligence engageant sa responsabilité; ayant pu prévenir l'obstacle, son devoir rigoureux était de le faire. Il serait donc tenu des conséquences de l'inexécution et ne pourrait répudier le mandat qu'à la charge de rendre le commettant indemne de tout préjudice.

28. — Une seconde condition non moins essentielle est que l'impossibilité de mener le mandat à bonne fin soit certaine et acquise. Cette condition ne peut résulter que de la preuve des démarches tentées par le commissionaire et de leur inutilité.

Celui-ci doit donc, quelle que soit d'ailleurs son opinion personnelle, agir comme si l'exécution de l'ordre

était possible : si, convaincu du contraire, il s'abstient de toutes démarches, il est tenu d'indemniser le committant, parce qu'il a pu se tromper, et qu'il est en faute de ne pas s'être assuré de la vérité de sa conviction.

Vous m'expédiez des marchandises à vendre pour votre compte, ce que je me suis engagé à faire ; à l'arrivée des marchandises, leur état de dégradation, l'infériorité de leur qualité me donnent la conviction qu'elles sont invendables. Mais cette conviction isolée ne peut m'autoriser à renoncer au mandat. Je ne puis le faire impunément qu'après avoir tenté d'en opérer le placement, qu'après les avoir offertes aux consommateurs, en avoir donné des échantillons, ce n'est qu'en justifiant de ces démarches et de leur inutilité que j'aurai établi que le mandat étant impossible à remplir, je suis fondé à le répudier.

C'est là encore un emprunt que nous avons fait à l'école italienne ; son plus habile interprète, Casaregis, formulait la règle en ces termes : *Anzi siccome n'ell'altrui negozi e tenuto ciascuno a fare tutte le diligenze possibili, benche preveda, o dubiti fortemente che queste non saranno Giovevoli, per essere molto difficile, a conseguirsi l'intento.*[1]

29.— La force majeure qui a détruit la chose a anéanti de plein droit le mandat, sans qu'il soit besoin de le répudier. Vous m'avez chargé de la vente de cinquante pièces de vin que vous m'expédiez ; en cours de voyage ou de-

[1] *Disc.* 119, n° 26.

puis leur arrivée elles ont péri par un accident de force majeure. Je suis dès-lors évidemment relevé des effets de mon acceptation, sans même que j'aie besoin de m'en expliquer. Que si la perte n'est que partielle, l'ordre subsiste pour la partie intacte, quelque minime qu'elle soit. Je ne puis renoncer à l'exécuter qu'aux conditions que nous venons d'exposer.

30.—Si la marchandise est avariée seulement, le mandat ne saurait être répudié. Non-seulement il doit être rempli, mais encore l'être immédiatement, malgré les modifications que l'état actuel des choses ferait nécessairement subir aux instructions reçues.

Ainsi, si l'avarie est de telle nature qu'elle menace de s'étendre et d'aggraver la perte, le commissionnaire doit vendre sans le moindre retard; peu importerait que le commettant lui eût limité un prix, et que ce prix ne pût être atteint. Cette limitation se référant à l'état sain, le commettant l'aurait évidemment retractée dès que l'avarie, modifiant cet état, ne laissait plus espérer le bénéfice qu'il s'était promis; dès que par la force des choses il ne pouvait plus s'agir d'un bénéfice à réaliser, mais uniquement de réduire la perte le plus possible. Or, le commissionnaire doit sans hésiter faire ce que le commettant aurait fait lui-même, il ne peut même s'en abstenir sans engager sa responsabilité.

Si l'avarie n'est pas telle qu'un retard dans la vente puisse aggraver le préjudice, le commissionnaire doit aviser le commettant de l'état des choses, lui demander

de nouveaux ordres et se conformer aux instructions qui lui seront transmises.

31. — L'avarie ou la perte survenue depuis que les choses sont aux mains du commissionnaire donnera lieu dans plusieurs circonstances à l'action en responsabilité. Il n'y a que la force majeure qui puisse faire disparaître cette responsabilité. Or, à l'allégation de la force majeure on ne manquera pas de répondre que l'accident s'est produit par la faute, par la négligence, par un défaut de précautions.

Une difficulté de cette nature est nécessairement laissée à l'appréciation souveraine du juge. La responsabilité du commissionnaire serait infailliblement la conséquence de la vérité du reproche admise et consacrée.

Il est impossible de tracer à cette appréciation une régle quelconque; la seule dont elle soit susceptible est la conviction que le juge puisera dans les circonstances spéciales et particulières à chaque espèce.

32. — Disons toutefois que si la marchandise avariée ou perdue dans les magasins du commissionnaire avait pu être précédemment vendue, et si au lieu de saisir l'occasion, le commissionnaire l'a laissée se perdre par négligence;

Que si au lieu de recevoir cette marchandise dans ses magasins, le commissionnaire a pris sur lui de la déposer dans ceux de Pierre ou de Jacques qui ont été incendiés ou inondés, tandis que les siens n'ont éprouvé aucune atteinte;

Enfin que si le sinistre avait pu être prévenu par les précautions qu'on pouvait prendre ,

Il serait difficile ou plutôt impossible de soustraire le commissionnaire à l'obligation d'indemniser intégralement le commettant.

33. — Aucune responsabilité ne saurait l'atteindre si, en déposant les marchandises ailleurs que chez lui, il n'avait fait que se conformer aux instructions du commettant, ou obéi à une nécessité, comme par exemple si ces marchandises étaient d'une telle nature qu'elles ne pouvaient être introduites dans ses magasins;

Si ces magasins ont été brûlés ou inondés en même temps que ceux où il avait irrégulièrement placé les marchandises ;

Enfin, s'il n'avait réellement commis ni faute ni négligence, et s'il avait pris toutes les précautions que la prudence suggérait.

34. — La preuve de la force majeure, alléguée soit pour étayer la répudiation du mandat, soit pour échapper à toute responsabilité en cas d'avarie ou de perte, est à la charge du commissionnaire : *Ad mandatarium,* disait Casaregis, *spectat onus probandi justum impedimentum per quod non potuit adimplere mandatum*. C'est là au reste ce que prescrit l'article 1315 du Code Napoléon. Celui à qui on demande compte de la répudiation ou de l'inexécution du mandat, prétendant qu'il a eu un juste motif d'agir comme il l'a fait, excipe en réalité d'un fait qui aurait produit l'extinction de son obligation. Il est

dès-lors tenu de le prouver ; le caractère essentiellement commercial de l'opération rend admissible tout mode de preuve, celle par témoins ou par présomptions notamment.

35. — Quelle est la nature et l'étendue de l'obligation de prouver incombant au commissionnaire ? Peut-il se borner à établir l'existence matérielle de l'accident ou du sinistre ? Est-il au contraire tenu de justifier de sa cause.

Casaregis se prononçait dans ce dernier sens. Il enseignait en conséquence qu'un capitaine qui se prétend libéré parce que le sinistre est dû à la force majeure doit prouver non-seulement le sinistre, mais encore l'absence de toute faute de sa part.[1]

Le fondement juridique de cette doctrine se démontre par les principes. Ce qui constitue la force majeure est bien moins l'accident en lui-même que son caractère. Elle n'est réellement acquise que si le fait s'est produit spontanément, sans avoir été provoqué par la faute, l'imprudence, la négligence, sans qu'on ait pu ni le prévoir ni l'empêcher.

Conséquemment, celui qui doit prouver la force majeure est forcément obligé d'établir ce caractère. Tant qu'il n'a justifié que du sinistre, il n'a rien fait d'utile, car sa libération ne sera acquise que par la certitude qu'il n'a encouru ni mérité aucun reproche de négligence ou de faute. C'est donc cette démonstration qu'il est obligé de fournir.

[1] *Disc.* 23, n°s 8 et 9.

36. — Cette doctrine a cependant trouvé des contradicteurs. M. Proudhon, notamment, estime qu'on ne peut exiger du débiteur qu'une seule chose, la preuve de l'événement fortuit. Si le créancier prétend qu'il y a faute, à lui d'en justifier. Comment imposer à quelqu'un la preuve d'une négative ? *Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est.*[1]

Ce raisonnement, qui paraît conforme aux exigences de l'article 1315 du Code Napoléon, est le résultat d'une évidente confusion dans notre matière surtout. Le droit du commettant ne réside pas dans la faute du commissionnaire, il est tout entier dans le contrat régulièrement intervenu et qui a amené le dépôt de la chose de l'un dans les mains et en la possession de l'autre.

Le commissionnaire qui a reçu est obligé de rendre la chose en nature ou d'en payer la valeur. La preuve de la remise par le commettant est donc péremptoire, elle établit invinciblement l'obligation de rendre.

Cette obligation, le commissionnaire prétend qu'il en a été libéré par un événement de force majeure. Il faut donc qu'il justifie de celle-ci. Or, ce devoir ne sera rempli, nous venons de le voir, que lorsqu'il aura établi que l'événement n'est imputable ni à la faute, ni à la négligence, ni à un défaut de précautions.

37. — Quant à l'objection tirée du caractère négatif du fait à prouver, voici la réponse de M. Troplong, examinant les obligations du vendeur en cas de perte de la chose

[1] *Usufruit*, nos 1541 et suiv.

vendue: La position dont on demande au vendeur de justifier est toute affirmative. Par exemple, qu'il prouve que l'incendie est venu d'une maison voisine ou a été déterminé par le feu du ciel; qu'il a eu lieu par vice de constructions et malgré les précautions de ramonage prises assez fréquemment; qu'il prouve que sa maison était barricadée, que l'objet volé était sous clefs; sa défense sera complète, et il n'aura eu à insister que sur des faits affirmatifs.[1]

38. — Il est évident, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, qu'on peut en dire autant, par exemple, du banquier dans le portefeuille duquel les titres ont été volés ou détruits; du commissionnaire chez qui des marchandises sont devennes la proie des flammes; ont-elles été brûlées en route par le feu du ciel, pillées par des brigands, englouties par suite de l'écroulement d'un pont ou débordement d'un rivière? Ce que doit prouver le commissionnaire, c'est qu'il a expédié à temps, chargé sa voiture suivant les règlements, avoir pris et suivi constamment la route qu'il devait prendre et suivre, et il aura affirmativement établi qu'aucune faute n'est à lui imputer.[2]

39. — En résumé donc, la charge de prouver le fait libératoire incombe au commissionnaire. Ce fait libératoire consiste ici moins dans le sinistre en lui-même que dans son caractère, que dans les circonstances qui l'ont

[1] *De la Vente*, n° 402.
[2] T. 2, n° 76.

déterminé et vu s'accomplir. C'est donc ce caractère, ce sont ces circonstances qu'il s'agit d'établir; et cette obligation ne sera remplie que si le commissionnaire justifie qu'il avait pris toutes les mesures qu'exigeait la nature des choses, toutes les précautions que commandait la prudence; qu'en réalité l'événement a été le produit d'une force majeure qu'il ne pouvait ni prévoir ni empêcher, et surtout qu'il n'a en rien déterminée.[1]

40. — Terminons ce qui a trait à la résignation du mandat par cette observation : que, dans tous les cas, le mandant dont l'affaire est délaissée doit en être immédiatement informé : *Si intelligit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nunciare, ut is, si velit, alterius opera utatur.*[2]

La rationnalité de cette règle la recommandait à l'attention du législateur, aussi la trouvons-nous expressément consacrée par l'article 2007 du Code Napoléon, qui n'admet d'autre preuve de la renonciation que la notification qui en est faite au mandant. Ce devoir imposé au mandataire civil est encore plus rigoureusement étroit pour le mandataire commercial, l'urgence des opérations pouvant rendre préjudiciable le retard dans le remplacement que pourrait impunément souffrir le mandat civil.

Le commissionnaire doit donc notifier sa renonciation dès que son intention est conçue et arrêtée, *cum primum*

[1] *Inf.*, n° 254.
[2] L. 23, § 2., Dig. *Mandati.*

poterit. La négligence qu'il mettrait dans l'accomplissement de ce devoir engagerait sa responsabilité ; quelque légitimes que fussent les causes du désistement, il n'en serait pas moins tenu du préjudice qu'une notification immédiate eût fait éviter. La seule exception qu'il pût utilement invoquer serait la force majeure, qui l'aurait placé dans l'impossibilité de notifier plutôt qu'il ne l'a fait. Celle-ci fait naturellement exception à toutes les règles, et c'est ce que le législateur romain consacrait expressément. En effet, à la restriction *cum primum poterit*, il ajoutait, *si aliqua causa nunciare non poterit, securus erit*.

41. — Le mandataire qui ne peut résigner le mandat accepté que dans les conditions que nous venons de rappeler, ne peut jamais prendre sur lui de le substituer et de le transmettre à un autre. Le sentiment de confiance personnelle qui en fait la base commandait l'adoption de cette règle : *Industria et fides mandatarii censetur semper electa, ideò alienum substituere non potest.*[1]

Les conséquences de son inobservation sont nettement indiquées par le jurisconsulte italien : *Si ad expediendum mandatum sibi collatum alium elegit, semper ipsius periculo facit, sibique hujus modi ordinis inobservantiam imputare, ac nocere debet; utens enim opera aliena, et aliter disponens dicitur in culpa atque damnum, quod dominus sensit, emendare tenetur.*[2]

[1] Casaregis, *Disc.* 36., n° 5.
[2] *Ibid.* et *Disc.* 125, n° 16.

42. — Cette doctrine, que Casaregis empruntait à la Rote, est aujourd'hui la loi qui nous régit. L'article 1994 du Code Napoléon déclare en effet le mandataire responsable de celui qu'il s'est substitué dans la gestion, lorsqu'il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un.

De ces termes de l'article il résulte évidemment que le silence gardé dans la procuration, sur la faculté de se substituer, est pour le mandataire civil la négation absolue du droit. On pouvait sans grands inconvenients le décider ainsi, car le mandat civil n'est pas d'ordinaire tellement urgent, que le besoin d'une substitution venant à se produire, on ne puisse sans péril en informer le mandant et attendre ses ordres.

En conséquence, la substitution faite à son insu et sans le consulter, alors même qu'elle ne serait de la part du mandataire que le résultat d'un empêchement légitime, le constituerait responsable de la gestion du substitué et l'obligerait d'indemniser le mandant du préjudice qu'il en éprouverait. La force majeure qui autorise le mandataire à s'abstenir, même aprés acceptation, ne lui concède pas la faculté de se substituer un tiers s'il n'en a pas reçu le pouvoir formel.

43. — Doit-on appliquer cette règle au mandataire commercial? L'affirmative ne saurait souffrir aucune difficulté lorsque, ayant été en position d'exécuter lui-même la commission acceptée, il l'a déléguée à un tiers sans en avoir reçu le pouvoir. Une pareille substitution, dictée par le pur caprice, ne serait qu'un moyen détourné de se dégager des effets de l'acceptation ; la responsabilité de

la gestion du substitué en serait la conséquence inévitable et légitime.

44. — Mais si le commissionnaire s'est trouvé, par force majeure, dans l'impossibilité de suivre l'opération dont il s'était chargé, si l'urgence de cette opération est telle que le moindre retard doive en compromettre le succès, la rendre dommageable pour le commettant, comment incriminer et punir la substitution que le commissionnaire a pris sur lui d'opérer? Son devoir n'est-il pas avant tout de protéger les intérêts de son commettant, de prendre à ce point de vue toutes les mesures que celui-ci aurait certainement prises.

Appliquer dans cette hypothèse le principe rigoureux de l'article 1994 du Code Napoléon, ce serait vouloir sacrifier l'intérêt qu'on prétendrait protéger. Il est évident que pour échapper à toute responsabilité, le commissionnaire s'abstiendrait; il se bornerait à informer le commettant de l'impossibilité où il se trouve de continuer l'opération, et, pendant ce temps perdu à attendre ce qu'il plairaît à celui-ci de faire, les choses en seraient arrivées à ce point que cette opération qui, suivie sans interruption, eût été avantageuse et profitable, ne pourrait plus se solder que par une perte plus ou moins considérable.

Une chance pareille est non-seulement réprouvée par la raison, mais encore inconciliable avec l'intérêt réel du commerce, qu'elle est dans le cas de compromettre gravement ; on doit d'autant moins l'imposer, que la personnalité du mandat, caractére essentiel du mandat civil, est loin de jouer un rôle aussi important dans le mandat

commercial, qui a en vue l'industriel plutôt encore que la personne elle-même, et, à ce point de vue, il comporte une substitution lorsque la force des choses la rend indispensable.

On pourrait aller plus loin encore et dire que le pouvoir de substituer est toujours sous-entendu; dans la procuration générale, le commissionnaire est chargé d'agir au mieux des intérêts de son commettant. Donc lorsque, empêché lui-même de se livrer à la continuation de l'ordre en partie exécuté, il remet cette exécution à un tiers, il fait un acte de prévoyance éclairée, il protége l'intérêt qui lui était confié, il se conforme en un mot à l'esprit de ses instructions.

45. — Ces considérations n'avaient point échappé à nos maîtres en commerce, qui n'avaient pas hésité à en consacrer les conséquences. En principe, disait Casaregis, *Mandatum extenditur ad eum casum in quo mandans ipse si fuisset interrogatus vero similiter respondisset.* Puis, prévoyant l'empêchement du mandataire, il ajoutait: *Potevano in tal caso impensato, interpretare la volunta del mandante e eseguirla in quella maniera che avea giudicata piu prudente e propria, come avrebbe fato un buono ed assennato padre di famiglia.*[1]

46. — La rationnalité de cette doctrine ne pouvait être méconnue, pas plus que l'opportunité, mieux encore la nécessité de son application à la matière commerciale.

[1] *Disc.* 35, n[os] 16 et 119, n° 35.

Elle faisait dire à M. Pardessus que la faculté de se substituer quelqu'un est facilement présumée dans la procuration commerciale. Sauf ce que cette opinion absolue a de contestable, lorsque le commissionnaire a pu agir personnellement, on ne saurait en méconnaître la justesse dans l'hypothèse où, légalement empêché de le faire, il n'a consulté que l'urgence de l'opération, et ne s'est substitué un tiers que pour éviter le préjudice qu'une interruption quelconque aurait entraîné. Qu'importe que le mandat ne lui en ait pas conféré expressément le droit, ce droit résultait de la nature des choses, de sa qualité, des devoirs qu'elle lui imposait. D'ailleurs, ce qu'il n'aurait pu faire comme mandataire, il a pu le faire en se constituant le *negotiorum gestor* de son commettant, qui, s'il eût été en position d'agir, eût bien certainement fait ce qu'il a fait lui-même.

Concluons donc avec MM. Delamarre et Lepoitvin que l'article 1994 du Code Napoléon n'est applicable au commissionnaire que lorsque, non autorisé à se substituer un tiers, il a pu personnellement exécuter l'ordre. La substitution dans ce cas est la violation flagrante du contrat, elle ne peut en conséquence profiter à son auteur, qui reste garant et responsable de la gestion du substitué.

Si la substitution n'est que le résultat, d'une part, d'un empêchement légitime chez le commissionnaire, de l'autre de l'urgence réelle de l'opération, elle ne constitue que l'acte d'un bon père de famille ; elle n'est que la réalisation anticipée de l'ordre que n'aurait pas manqué de donner le commettant. On ne saurait donc ni la quereller, ni la punir.

47. — On ne pourrait déclarer le substituant responsable du substitué que dans l'hypothèse prévue par l'article 1994 du Code Napoléon, à savoir : que s'il avait fait choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable ; il est évident qu'on ne saurait traiter plus favorablement le pouvoir présumé que le pouvoir expressément conféré. Ce que la loi a édicté dans l'hypothèse de celui-ci, elle l'a par cela même commandé pour celle de l'autre.

A ce propos, remarquons que le commissionnaire a rempli le devoir qui lui est imposé dès qu'il s'est substitué une personne notoirement capable et solvable au moment de la substitution. On ne pourrait donc le déclarer responsable alors même que, l'insolvabilité venant à éclater, le commettant dut en éprouver un préjudice plus ou moins considérable. Telle était la doctrine de Casaregis : *Diligens dicitur esse, qui eum eligit, qui idoneus ac integræ fidei habebatur.*

Casaregis rappelle ensuite que quelques auteurs ont voulu établir une distinction : *Aut enim agitur de privatis personis, et tunc illi substituendo alios in munere tenentur indistincte de culpa aut facto substituti, licet elegerint qui idoneus, et integræ fidei reputabatur ; aut agitur de publicis officialibus et tunc attenta bona electione illi excusantur, secus si imprudentem et non idoneum substituerint.*

Cette distinction avait pour effet de laisser le mandataire indéfiniment responsable du substitué, puisqu'en cette matière il ne s'agissait jamais que de personnes privées. Mais Casaregis la repousse, parce que : *Plures sunt textus, ac innumeri doctores, qui in terminis per-*

sonæ privatæ admittunt communiter substituantem non teneri de facto et culpa substituti qui ab initio electionis erat idoneus ac integræ fidei.[1]

C'est cette dernière doctrine que l'article 1994 du Code Napoléon consacre expressément et avec toute raison. Ou le pouvoir de substituer devait être absolument prohibé, ou, si on le tolérait, il fallait bien l'accepter avec toutes ses conséquences. La première de ces conséquences, c'était incontestablement la libération du substituant qui, usant de son droit, avait régulièrement transmis à un autre son obligation, à moins toutefois qu'il n'eût choisi sciemment un remplaçant incapable ou indigne. Mais que peut-on lui reprocher si ce remplaçant était, au moment de la substitution, notoirement capable et solvable. Pouvait-il douter de ce dont tout le monde était convaincu? Devait-il prévoir l'avenir? Donc, lui imposer la responsabilité de cet avenir, c'était commettre à son égard une véritable injustice et rendre toute substitution impossible, même dans le cas où elle aurait été autorisée par le mandant.

48. — Nous venons de voir que le commissionnaire a le pouvoir de se substituer un tiers lorsque, malgré le silence de la procuration, l'urgence de l'affaire lui paraît l'exiger. Mais c'est là pour lui une pure faculté, son obligation à cet égard est plutôt morale que réelle. Le doute seul que peut faire naître la régularité de la substitution expliquerait et justifierait son abstention; on ne pourrait

[1] *Disc.* 36, n° 10, et à l'addition.

donc le contraindre à reparer le préjudice que le commettant pourrait éprouver. Il dirait avec raison à celui-ci : Ce préjudice est imputable autant à votre faute qu'à la mienne, j'ai pu croire que vous repoussiez toute substitution puisque vous ne l'aviez pas autorisée par la procuration ; si votre intention n'était pas telle, vous deviez vous en expliquer et m'imposer le devoir de me substituer en m'en conférant expressément le pouvoir ; vous n'êtes donc ni recevable ni fondé à vous plaindre et à m'imputer un préjudice qu'il a dépendu de vous de prévenir et d'empêcher.

49. — En effet, l'autorisation de se substituer, le cas échéant, donnée dans la procuration, rend la substitution obligatoire et forcée, le commissionnaire qui l'aurait omise serait de droit responsable et tenu de toutes les conséquences dommageables de cette omission. Le commettant a suffisamment indiqué par cette clause qu'il tenait beaucoup plus à l'achèvement de l'opération qu'à la personne qui doit y présider ; donc le commissionnaire qui n'a pas pris toutes les mesure que cet achèvement réclamait, et qui, personnellement empêché, n'a pas confié l'affaire à un tiers, a méconnu les intentions du commettant, violé le contrat et manqué à son devoir. L'obligation d'indemniser du préjudice est la juste conséquence de cette triple faute.

50. — Le pouvoir de se substituer peut avoir pour objet ou de laisser le commissionnaire libre d'user à son gré de la faculté qui lui est donnée, ou d'en restreindre

l'exercice au cas où, par un événement fortuit et imprévu, il ne pourrait remplir personnellement la mission qui lui est confiée.

L'importance de la détermination du véritable caractère de la clause se décèle par les conséquences que l'exercice du pouvoir est dans le cas de produire pour le commissionnaire. Dans le premier cas, il n'encourt aucune responsabilité, alors même qu'il serait certain qu'il pouvait personnellement et par lui-même remplir le mandat qu'il a confié à un tiers. Il n'était pas obligé de le faire, dès qu'on l'avait laissé seul juge, arbitre suprême de l'opportunité de la substitution.

Dans le second cas, au contraire, la substitution n'est régulière que par l'échéance de la condition à laquelle elle était subordonnée, à savoir : l'empêchement légitime du substituant. Il est donc obligé de justifier de cet empêchement. A défaut de preuve, à plus forte raison en cas de preuve contraire, le commissionnaire serait en état de faute, et demeurerait personnellement responsable de la gestion du substitué.

L'appréciation du véritable caractère de la clause et des conséquences à déduire de l'usage qui en a été fait est laissée à l'arbitrage souverain du juge et aux appréciations de sa conscience. Les termes de la procuration, les faits et circonstances, la nature des relations, les précédents eux-mêmes sont autant d'éléments à consulter pour la solution de la difficulté.

51. — La procuration renfermant le pouvoir de substituer désignera ou non la personne à appeler. Dans le

premier cas, le commissionnaire ne peut valablement choisir une autre personne. Une conduite pareille le constituerait en état flagrant de faute et le rendrait personnellement responsable de la gestion du substitué, alors même qu'au moment de la substitution ce dernier fût, sous le rapport de la capacité et de la solvabilité, dans une position plus élevée que la personne désignée par le commettant.

52. — L'obligation pour le commissionnaire de substituer à celle-ci ne reçoit exception que si, sur l'offre de lui confier le mandat, elle refusait de l'accepter. La preuve de ce refus, que le commissionnaire doit se procurer, mettrait sa responsabilité à couvert si, vu l'urgence, il avait fait un autre choix.

Cette obligation reçoit encore exception lorsque, au moment de la substitution, la personne désignée n'est plus *integri status*, lorsque, de notoriété publique, sa solvabilité est mise en question, son crédit compromis. Evidemment sa désignation n'est due qu'à la bonne opinion qu'on avait dû concevoir de l'une et de l'autre, et l'on peut sans hésiter croire qu'on s'en fût abstenu si la vérité qui s'est manifestée depuis avait été connue au moment de la procuration.

Quoi qu'il en soit, la certitude que le commettant aurait retracté sa désignation non-seulement donne au commissionnaire le droit, mais encore lui impose le devoir de n'y avoir aucun égard. Tenu de se comporter, dans toutes les phases du mandat, en bon père de famille, il se serait gravement compromis si, se fondant sur une

désignation évidemment erronée, il avait sciemment remis l'affaire à une personne devenue depuis insolvable.

53. — Dans l'un et l'autre de ces deux cas, le commissionnaire doit, si l'affaire le comporte, aviser le commettant du refus ou du dérangement des affaires de la personne désignée, et lui demander de nouveaux ordres ; si l'affaire ne comporte aucun retard, procéder au choix du remplaçant, et ce remplacement et ce choix ne sauraient engager sa responsabilité que s'il avait été fait en dehors des conditions exigées, lorsqu'à défaut de désignation l'initiative et le choix du substitué sont entièrement abandonnés à sa volonté.

En effet, le pouvoir de se substituer sans désignation de la personne qui doit être appelée n'autorise pas le commissionnaire à choisir le premier venu et à résigner son mandat aux mains d'une personne n'offrant pas les garanties désirables sous le triple rapport de la moralité, de la capacité, de la solvabilité commerciales; lorsqu'il sagit de disposer de l'affaire d'autrui, il faut au moins se conduire avec la prudence qu'on déployerait dans la gestion de ses propres intérêts. C'est donc avec raison que l'article 1994 du Code Napoléon déclare le substituant même autorisé responsable de la gestion du substitué, si la personne qu'il a choisie n'était ni capable ni solvable.

54. — Ce n'est d'ailleurs pas par l'événement qu'on doit apprécier l'acte du substituant. En commerce, on est obligé de s'en référer aux apparences, quelque mensongères et fausses qu'elles puissent être en réalité. Le

commissionnaire ne saurait répondre de l'erreur dans laquelle il est tombé avec tout le monde. Il suffit que sa bonne foi soit appuyée et justifiée par la notoriété publique, et qu'au moment où il a agi il n'eût aucun motif de suspecter la sincérité de cette opinion publique. Nous avons vu dans ce cas Casaregis repousser toute idée de responsabilité pour le substituant, par ce motif péremptoire et décisif que *caret omni culpa electio personæ communi opinione idoneæ et integræ.*[1]

Le substituant est donc sans reproche si la personne qu'il s'est substituée était au moment de la substitution notoirement reconnue capable et solvable. La conséquence à déduire était naturellement l'absence absolue de toute responsabilité, si d'ailleurs la substitution était commandée par les circonstances ou autorisée par la procuration.

55. — Il peut arriver que loin d'autoriser la substitution, la procuration la prohibe formellement. Cette prohibition indique clairement que le mandant a entendu que l'affaire serait personnellement traitée par le mandataire, et à défaut abandonnée; une pareille intention ne comporte aucun tempérament, pas plus en commerce qu'en matière ordinaire ; le commissionnaire est tenu de s'y conformer comme le serait le mandataire.

La substitution qu'il se permettrait de faire contrairement à la prohibition serait illégale, irrégulière et nulle, non pas que cette nullité pût jamais être opposée à celui

[1] *Disc.* 36, nos 15 et 16.

qui aurait traité de bonne foi avec le substitué, ni lui faire perdre le bénéfice du contrat. Son effet se borne à engager la responsabilité du substituant qui serait tenu d'indemniser le commettant du préjudice qu'il en éprouverait.

56. — Le caractère illicite de la substitution produit donc, comme première conséquence, l'obligation d'indemniser le commettant de la perte résultant de la gestion du substitué. Il en produit une seconde, à savoir : le droit pour le mandant de refuser les avances et frais faits pour l'exécution du mandat.

D'une part, en effet, cette exécution a eu lieu au mépris des intentions et de l'ordre formel du commettant, on ne pourrait donc en faire un titre contre lui ; de l'autre, l'article 1999 du Code Napoléon subordonne le remboursement des avances et frais, lorsque l'affaire n'a pas réussi, à l'absence de toute faute de la part du mandataire. Or, dans le cas d'une substitution malgré la clause prohibitive, il y a faute grave, violation expresse du mandat, excès de pouvoir, et par conséquent, aux termes de l'article 1998 du Code Napoléon, absence de toute obligation pour le mandant.

57. — La demande en remboursement des avances et frais, inadmissible au point de vue du mandat, peut-elle être accueillie sur le fondement d'une simple gestion d'affaires? Mais le mandant, en prohibant toute substitution, n'a-t-il pas formellement défendu cette gestion? Peut-on en cet état en autoriser l'existence et lui faire produire

un effet quelconque ? La gestion d'affaires a pour fondement un mandat présumé, il n'est donc pas possible d'admettre cette présomption lorsque le mandat a été formellement dénié.

Puisque Titius, disait Pothier, avait défendu à Mævius de gérer son affaire, défense qui s'induit de la prohibition de substituer le mandat, on ne peut supposer qu'il lui ait donné le mandat de la gérer. Cette supposition étant impossible, il l'est aussi de considérer Mævius comme *negotiorum gestor*, étant absurde d'assimiler la gestion prohibée à un contrat de mandat qui n'a pu avoir d'existence même hypothétiquement. Mævius n'aura donc que l'action prétorienne, restreinte encore à ce dont Titius a profité.

M. Toullier non-seulement admet le principe, mais encore n'hésite pas à lui donner des conséquences plus étendues. Celui qui a géré malgré la défense, enseigne-t-il, n'a pu raisonnablement avoir d'autre intention, si ce n'est de gratifier le propriétaire. Il ne peut hautement en avouer une autre. La conséquence à tirer serait donc que la qualité de *negotiorum gestor* ne produirait pas son effet ordinaire, à savoir : le remboursement des avances et frais exposés par le gérant. On ne peut reprendre ce qu'on a donné ou ce qu'on est présumé avoir donné.[1]

58. — Le doute, d'ailleurs, ne peut naitre lorsque, l'affaire n'ayant pas réussi, le mandant doit être indemnisé de la perte. Il est évident qu'il ne le serait pas inté-

[1] T. XI, n° 55.

gralement si les frais étaient prélevés sur cette indemnité. D'ailleurs, l'absence de toute faute, condition prescrite par l'article 1999, ne se réalisant pas, le mandant n'est pas obligé de rembourser.

La difficulté se présente donc uniquement dans l'hypothèse où, l'affaire ayant réussi, le mandant réalise un bénéfice. Peut-il exciper de l'irrégularité de la substitution pour refuser de prélever les avances et frais sur ce bénéfice.

Justinien consacrait expressément ce refus, puisqu'il refusait toute action *directam vel utilem contrariam* contre le propriétaire dont la chose avait été gérée contre sa prohibition : *Licet res bene gestæ sint.*[1] Cette loi sert de fondement à la doctrine de M. Toullier, qui en soutient l'applicabilité sous l'empire du Code.

Pothier interprétait autrement cette loi, puisqu'il réservait au mandataire l'action prétorienne restreinte à ce dont le mandant a profité, et c'est cette opinion qu'embrassent MM. Delamarre et Lepoitvin, qui soutiennent que la loi de Justinien a été modifiée par les articles 1372 et 1375 du Code Napoléon.[2]

59. — C'est également l'avis de Pothier que nous adoptons sans hésiter, mais ce n'est pas dans les articles 1372 et 1375 du Code Napoléon que nous puisons les motifs de notre détermination.

L'article 1372 ne s'occupe de la gestion d'affaires que

[1] L. 24, Code *de Neg. ges.* 2, 19.
[2] T. 1, nos 136 et suiv.

dans les deux hypothèses qu'il prévoit, c'est-à-dire celle où elle est connue, celle où elle est ignorée du maître. Or, on ne peut raisonner de ces hypothèses au cas où ce maître l'a formellement prohibée. Le législateur semble même l'exclure, il pouvait bien supposer une obligeance déja extrême, puisqu'elle n'attend pas d'être provoquée, mais était-il possible de prévoir qu'on pousserait cette obligeance jusqu'à s'immiscer dans une gestion qu'on vous a expressément et formellement prohibée? Un pareil acte n'est autre chose qu'une espèce de violence morale qu'on ne peut se permettre qu'à ses risques et périls.

Or, si cette hypothèse n'entre ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 1372, on ne saurait lui appliquer l'article 1375 qui ne régit évidemment les effets de la gestion d'affaires que dans la limite que lui a tracée le premier.

Les raisons de décider sont donc ailleurs et résident dans les principes du droit commun, dans les dispositions des articles 1998 et 1999 du Code Napoléon.

De deux choses l'une : le mandant, dont les pouvoirs ont été délégués malgré la prohibition qu'il en avait faite, répudiera ou acceptera l'opération.

Dans le premier cas, il n'a que le droit de recevoir la valeur réelle et intégrale de sa chose, et c'est cette valeur que le mandataire lui remboursera. Donc, le profit que l'opération aura produit restera en mains de ce dernier qui, en payant le capital, retiendra naturellement ce qu'il a déjà compté à titre d'avance, et appliquera le profit aux frais qu'il a déboursés.

Evidemment le mandant ne pourrait réclamer ce pro-

fit qu'en se plaçant dans notre seconde hypothèse, c'est-à-dire qu'en prenant l'opération pour son compte, mais alors la faute, l'excès de pouvoirs, l'irrégularité disparaissent et s'effacent. L'acceptation de l'opération est virtuellement la ratification de celle-ci, dès-lors il est tenu de tous les engagements pris par le mandataire, aux termes de l'article 1998; il doit, conformément à l'article 1999, le remboursement des avances et frais, puisque la ratification ayant effacé la faute, la condition exigée par cet article se trouve accomplie.

Notre solution est d'autant plus juste qu'elle ne peut nuire dans aucun cas au mandant. Evidemment il ne se déterminera qu'après un mûr examen, et il ne s'appliquera l'opération que si elle offre un bénéfice prélèvement fait des dépenses et frais. Quant à la prétention de s'appliquer le profit, sans tenir compte des frais à l'aide desquels il a été obtenu, elle est immorale et ne saurait trouver aucun fondement ni dans la raison, ni dans la loi.

60. — Le substituant contre la prohibition qui lui était faite est tenu de rembourser au substitué tous les frais faits par celui-ci pour l'exécution du mandat. Cette obligation toutefois est susceptible de se modifier singulièrement suivant les circonstances, son existence même est subordonnée à la bonne foi du substitué et à l'ignorance de l'abus que commettait le substituant. S'il a connu la prohibition de se substituer faite à celui-ci, il est devenu complice de sa faute qu'il a consommée, et cette complicité le laisse sans recours contre ce dernier qui lui

opposerait avec succès la disposition de l'article 1997 du Code Napoléon.

61. — La substitution régulière et légale met en présence le substitué et le mandant et crée entre eux les rapports qu'un contrat directement intervenu ferait naître. Le premier est tenu d'exécuter le mandat et de rendre compte ; le second de remplir les engagements pris en son nom ou pour son compte, de rembourser les avances et frais exposés pour l'exécution du mandat, enfin de payer le salaire convenu ou consacré par l'usage.

L'exécution du mandat doit être conforme aux instructions données au substituant. Les conditions qui lui avaient été prescrites continuent d'être la loi des parties, le commissionnaire qui substitue l'ordre ne peut ni les modifier ni les altérer, ni surtout en créer de nouvelles.

62. — Cette règle est dans le cas de modifier la position du substituant. En principe, la légalité de la substitution le décharge d'une manière absolue et complète pour l'avenir; il est désormais étranger à l'exécution que le mandat recevra, et par conséquent à l'abri de tout recours.

Mais, pour que cette immunité lui soit acquise, il faut de toute nécessité que le préjudice que cette exécution a entraîné ne lui soit pas imputable, ce qui ne se réalisera que lorsque, par la remise fidèle de toutes ses instructions, il aura mis le substitué à même de remplir le mandat comme il était obligé de le faire lui-même. Le

défaut de remise, le silence gardé sur certaines conditions, à plus forte raison la modification qu'il ferait subir à l'ordre engageraient sa responsabilité tant envers le mandant qu'à l'égard du substitué.

Je suis chargé de la vente d'une partie de marchandises à un prix limité. Usant de la faculté que me donne la procuration, je délègue cette commission à un tiers, sans lui faire connaître la limite de prix qui m'est imposée.

La vente en dessous de ce prix ne saurait être pour mon remplaçant un juste sujet de reproche, car, dans l'ignorance où il était, il a dû se croire autorisé à traiter à des conditions qu'il jugeait avantageuses. Cependant il ne peut l'imposer au commettant, envers lequel il demeurera au contraire tenu de la différence.

Mais le seul auteur du préjudice est ici le substituant, qui a laissé le substitué dans l'ignorance sur une condition essentielle. Il n'y a donc que justice à le déclarer responsable de cette différence soit envers le commettant, soit vis-à-vis du substitué. Il en serait de même si, la commission déléguée étant un ordre d'achat à un prix déterminé, le substitué avait été laissé dans l'ignorance sur cette condition. L'achat fait à un prix supérieur pourrait être laissé pour compte du commissionnaire; tout au plus le commettant consentirait-il à l'accepter au prix qu'il avait indiqué. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'opération resterait à la charge du substituant : il devrait donc ou garantir contre le laisser pour compte ou payer la différence entre le prix limité et celui de l'achat.

Il serait inique, en effet, de punir le substitué dont la bonne foi est incontestable, et à qui on ne saurait sérieu-

sement reprocher une infraction qu'il ne devait ni ne pouvait soupçonner. Sa faute a été suggérée par le substituant qui l'a placé dans l'impossibilité de se conformer aux instructions du commettant.

63. — Donc la condition essentielle de l'obligation de garantir qui est imposée à ce substituant, est qu'il n'ait pas fait connaître la limite du prix ou toute autre condition essentielle. Si en déléguant l'ordre il a remis les instructions qu'il a reçues, si par cette communication le substitué a tout su, pu tout savoir, l'exécution vicieuse est son fait exclusif, et on devrait lui refuser tout recours.

On le devrait alors même qu'il alléguerait que le substituant avait changé la condition, alors même que cette allégation serait justifiée et que son exactitude serait acquise en fait; rendre purement facultatif le prix que le commettant avait limité, constitue de la part du substituant un excès de pouvoirs incontestable. Il aurait donc agi au delà du mandat, il serait donc recevable et fondé à se prévaloir de l'article 1997 du Code Napoléon. Dès qu'il a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs, il n'est garant de l'excès que s'il en a formellement contracté l'obligation, le recours du substitué ne serait donc recevable et fondé que s'il justifiait de cette obligation.

64. — Au reste, la question de savoir si le mandat a été substitué ou non, n'est pas facile à résoudre dans la matière commerciale. Aucun doute ne peut surgir au civil, puisque le substitué agissant au nom du mandant,

la certitude de la substitution résultera nécessairement de l'acte lui-même.

Mais en commerce le mandataire agit en son nom personnel, c'est lui et lui seul qui vend, achète, contracte. Comment donc décider que l'opération accomplie par Pierre est précisément celle que Paul avait commise à Jacques.

Parce que Paul a agi réellement pour le compte de ce dernier? Mais le commissionnaire commercial est un véritable commerçant, spéculant pour son propre compte, apte à se livrer à toutes sortes d'opérations, indépendamment de celles qu'il traite pour le compte d'autrui.

Quels moyens d'ailleurs aura le commettant pour établir la substitution et se faire appliquer le bénéfice de l'opération de Paul? Comment, en cas de perte, justifiera-t-il que cette opération a été pour le compte de Jacques, et se défendra-t-il d'une substitution prétendue, à laquelle on n'eût peut-être jamais songé, si au lieu d'une perte l'affaire eût offert un bénéfice.

On peut juger par là de la difficulté que peut offrir l'allégation d'une substitution. C'est au juge qu'appartient le droit souverain de prononcer suivant les inspirations que lui suggèreront les circonstances et la nature des choses.

65. — Il n'est pas d'opération de commerce qui ne puisse faire l'objet d'une commission, pourvu qu'elle ait une cause licite et qu'elle ne soit contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. On a donc communément admis diverses catégories de commissionnaires, suivant la

nature des opérations qu'ils sont chargés d'accomplir. Commissionnaires à la vente ou à l'achat, commissionnaires aux opérations de change, aux assurances, enfin commissionnaires de transports par terre ou par eau.

Bien entendu que ces diverses catégories ne constituent pas autant d'industries distinctes. Le même individu peut être successivement appelé à accomplir chacun de ces actes. Ses obligations dans chaque hypothèse se déterminent par la nature de l'affaire. Ces obligations sont : les unes générales et communes à tous les genres de commissions ; les autres spéciales et particulières à certaines opérations.

66. — La première obligation générale et commune est celle de se conformer dans l'exécution aux instructions du commettant. Cette obligation est plus ou moins étroite, suivant que l'ordre est impératif ou facultatif.

Le mandat impératif est obligatoire dans la limite que lui a tracée le commettant. Il doit être exécuté *ad unguem*, disaient les anciens auteurs.

67. — Mais la rigueur de cette doctrine n'était pas sans danger dans la matière commerciale. Là, en effet, le temps est précieux et les sacrifices faits à la forme tourneront contre celui qu'ils ont pour but de protéger et aggraveront d'une manière notable le préjudice auquel il est exposé. Ne devait-on pas, dès-lors, modifier cette rigueur ?

Vous m'avez chargé de vendre des marchandises dont vous m'annoncez l'envoi à un prix que vous me dites de

considérer comme dernière limite. A leur arrivée en ma possession, l'état du marché rend impossible la vente au prix indiqué.

Je devrais, pour me conformer à vos instructions, vous informer de ce qui se passe et attendre de nouveaux ordres. Mais la baisse toujours croissante d'une part, de l'autre les frais que subira votre marchandise, sa nature, qui l'expose à une prompte détérioration, me paraissent en exiger la vente immédiate, et je la fais au prix courant de la place. C'est là, sans doute, ne pas suivre vos ordres, mais j'ai agi comme vous l'auriez évidemment fait vous-même, et mon agissement, s'il ne vous procure pas le prix que vous espériez, vous sauve d'une perte bien plus considérable et vous assure la rentrée de la partie du capital, qu'un retard dans la vente eût infailliblement compromise.

D'autre part, une pacotille est confiée à un capitaine pour la vendre dans un pays lointain, mais à un prix fixé et déterminé. Le navire arrivé à sa destination, le prix limité ne peut être atteint. Que doit faire le capitaine? Retourner les marchandises au port du départ? Mais il faudra la recharger sur le navire, payer peut-être des droits de sortie, avec certitude le fret de retour, peut-être des droits d'entrée, et, à tous ces frais, viendront s'ajouter ceux d'une seconde expédition, d'un nouveau nolis, si la marchandise ne peut être utilement vendue qu'à l'étranger ou dans les colonies. Puis enfin la dépréciation que ces allées et venues, que le séjour prolongé dans les magasins ou à bord des navires ne manquera pas de faire subir à la marchandise.

L'intérêt réel, certain, évident du propriétaire n'est-il pas que le capitaine prenne sur lui de vendre au-dessous de la limite et rachète ainsi par un défaut de bénéfice, et même au prix d'une perte, la perte bien plus considérable que le retour ou la conservation de la chose entraînerait.

N'est-ce pas le cas de dire avec Casaregis : *Mandatum extenditur ad eum casum in quo mandans ipse, si fuisset interrogatus, respondisset?* Or, comment supposer dans nos deux hypothèses que le mandant informé de l'état des choses n'eût pas modifié ses premières instructions. En réalité donc, le commissionnaire n'a fait que ce que le commettant aurait fait lui-même. Il s'est conduit en mandataire intelligent, dévoué, en bon père de famille. Pouvait-on, dès-lors, hésiter à se départir de la rigueur du principe du droit commun ?

68. — C'est pour la modification que se sont prononcées la doctrine et la jurisprudence. En voici un exemple notable que nous puisons dans un jugement du tribunal de commerce de Marseille, du 28 février 1821.

En octobre 1818, le sieur Jean Boucher, négociant à Marseille, expédie pour son compte diverses marchandises à la Havane. Ces marchandises, d'une valeur totale de 8,898 fr., furent chargées sur le navire la *Venage* pour partie, et l'autre partie sur le brick l'*Aimable-Pauline*, capitaine Rozan.

Elles devaient être en totalité consignées à la Havane au sieur Carle fils, subrecargue de l'*Aimable-Pauline*. Le sieur Carle était chargé de les vendre pour le compte du sieur Boucher, qui lui avait limité le prix.

Les instructions de Boucher portaient de vendre les marchandises avec le plus de bénéfice possible ou au moins pour le montant de leur coût et frais, dont l'état fut remis à Carle, outre tous frais postérieurs, fret, droits de commission, de vente, etc. Le produit devait être employé à l'achat de sucres blancs et blonds pour un tiers, de cafés pour les deux tiers.

Dans le cas où Carle ne trouverait pas à vendre les marchandises même en totalité contre leur coût et frais, il lui était prescrit de les remettre, ou la partie qu'il lui serait absolument impossible de vendre à ces limites, au sieur Carrera, à la Havane, avec ordre à ce dernier de vendre aux mêmes conditions et de faire le retour dans les articles prescrits au sieur Carle.

. Arrivé à la Havane, Carle reçoit les marchandises de Boucher, et, ne trouvant pas à s'en défaire à la limite indiquée, il offre au sieur Carrera de les lui consigner.

Celui-ci répond, le 30 novembre 1829, qu'il refuse la consignation, parce qu'il ne prévoyait pas pouvoir jamais retirer le montant du coût et frais des marchandises qu'on lui proposait; qu'il ne lui convenait pas de faire l'avance des droits et autres frais pour une marchandise qui devait rester invendue jusqu'à ce que le sieur Boucher donnât ordre de la vendre au cours de la place et sans tenir à ses limites.

Carle crut alors convenable aux intérêts de Boucher d'effectuer la vente au prix qu'il pouvait obtenir, et, l'ayant réalisé, il en employa le produit conformément à ce qui lui était prescrit.

A son retour à Marseille, il remit un compte de vente

s'élevant en net produit à 4,200 fr., il consigne à Boucher, en déduction de cette somme, 13 sacs café, 3 caisses sucre blond et 2 caisses sucre blanc. Il offre le solde en espèces.

Boucher refuse d'approuver le compte et prétend que la vente faite par Carle doit rester pour son compte personnel. Il déclare accepter les sucres et cafés, mais à la charge par Carle de lui payer un solde de 4,703 fr. pour compléter la somme à laquelle la vente avait été limitée.

Devant le tribunal de Marseille, investi de la connaissance du litige, Boucher invoque les termes du mandat, et, s'étayant du principe qu'on ne saurait rien faire contre la teneur du mandat, il soutient que Carle devait l'indemniser du préjudice que la vente par lui opérée lui occasionnait.

Carle répond qu'il n'avait outrepassé ses pouvoirs que parce que les circonstances lui avaient imposé de le faire, et, dans l'intérêt même de Boucher ; qu'en conséquence il n'avait fait que céder à une force majeure qui l'exonérait de toute responsabilité.

Cette défense est accueillie, le tribunal, après avoir relevé les obligations que l'ordre faisait à Carle, considère qu'aucune de ces obligations n'a pu être remplie par lui ; que cela résulte de l'attestation de Carrera, dans laquelle ce dernier déclare que la vente des marchandises dont s'agit n'a pu être effectuée par Carle, attendu que les offres qu'on lui faisaient ne montaient pas au prix coté par Boucher ;

Que cette attestation constate en outre le refus que

Carrera a fait de recevoir la consignation que le sieur Carle fils lui offrait d'après les ordres de Boucher;

Qu'en l'état de cette impossibilité d'exécuter le mandat dont il était pourvu, Carle a dû prendre le parti qui lui paraissait le plus avantageux, le moins onéreux à son mandant; qu'il ne pouvait, dans l'intérêt de celui-ci, laisser dans un dépôt public, en pays étranger, les marchandises dont il était chargé; que, d'un autre côté, divers motifs, tous puisés dans l'intérêt de Boucher, s'opposaient à ce qu'il retournât la marchandise en France: 1° parce que cette marchandise, déjà grevée du nolis d'entrée, l'aurait été encore du nolis de retour; 2° qu'elle était en outre chargée de frais considérables de douane, payés à la Havane; 3° qu'arrivée en France, elle aurait été mise au prohibé et par conséquent soumise à la réimportation et par conséquent à un troisième nolis; 4° enfin, parce que, dans ces diverses pérégrinations, elle aurait occasionné des frais et éprouvé des détériorations qui auraient ajouté à la perte qu'éprouvait déjà le propriétaire.

De toutes ces circonstances, le tribunal conclut que Carle a agi en mandataire intelligent, en opérant la vente des marchandises malgré la perte qu'elles donnaient, eu égard au prix de facture; qu'en matière d'excès de mandat, le seul point à examiner est celui de savoir si le mandataire a agi dans l'intérêt du mandant, et ainsi qu'il aurait ordonné lui-même de le faire; que, dans l'hypothèse, il est évident que Boucher eût donné l'ordre de vendre, à moins, ce qui n'est pas à présumer, qu'il eût voulu agir contre ses intérêts.[1]

[1] *Journal de Marseille*, t. 2, 1re partie, pag. 75.

Il ne paraît pas que ce jugement ait été l'objet d'un appel. La force et l'autorité de ses motifs, l'évidente justesse de sa conclusion devaient, en effet, inspirer la conviction de l'adhésion que le degré supérieur de juridiction n'aurait pas manqué de lui donner.

69. — Nous considérons la doctrine de ce jugement comme incontestable, et nous en induisons que, même en mandat impératif, le commissionnaire peut modifier l'ordre ; mais à la charge par lui de prouver :

1° Que l'exécution littérale en a été impossible. Ainsi, dans une seconde espèce sur laquelle le tribunal de Marseille avait à statuer, le commissionnaire était déclaré responsable envers le mandant, parce qu'il ne justifiait pas de l'impossibilité d'atteindre la limite tracée par celui-ci;[1]

2° Que cette impossibilité est le résultat de circonstances purement fortuites qu'il ne pouvait ni prévoir, ni empêcher. Si, depuis que la chose était en ses mains, il a pu un seul instant la réaliser à la limite indiquée, il est en faute de ne pas l'avoir fait. Sa négligence à saisir l'occasion engage sa responsabilité et le rend irrecevable à exciper de l'impossibilité ultérieure, quelque réelle qu'elle ait été, quelques fortuites qu'en soient les causes;

3° Enfin, que sa détermination, arrêtée de bonne foi, lui a été inspirée par le désir de servir utilement les intérêts du commettant en lui évitant une perte beaucoup plus considérable, et qui devait résulter de son abstention.

[1] *Ibid*, pag. 72.

70. — Le principe, que l'intérêt du mandant peut faire modifier le mandat impératif dans le cas d'impossibilité s'applique à toutes les conditions, à celles indiquant le mode d'exécution comme à celles qui règlent le mode de disposition et qui sont obligatoires au même titre. Ainsi le commettant, faisant vendre des marchandises à l'étranger ou dans les colonies, n'entend pas en recevoir le prix en espèces. Au bénéfice de la vente, il veut joindre celui qu'il pourra réaliser sur les marchandises qu'il demande en retour de la sienne. Il détermine en conséquence quelle est la marchandise qu'on doit acheter pour son compte et lui réexpédier.

Il est évident que le commissionnaire ne peut exécuter le retrait que de la manière indiquée ; qu'il doit envoyer des sucres, des cafés, de la laine, du coton, des indigos, suivant la prescription qui lui est faite.

Il peut se faire cependant qu'au moment où le retrait devra s'accomplir, la denrée indiquée soit sous le coup d'une prohibition de sortie, ou soumise à des droits équivalant à une prohibition. Ici encore l'intérêt réel du mandant s'oppose à l'exécution littérale de son ordre. En conséquence, le retrait en espèces ou en marchandises, autres que celles demandées, ne pourrait devenir contre le commissionnaire l'occasion d'une action en indemnité, si, d'ailleurs, son agissement est marqué au coin de la loyauté et de la bonne foi ; si, dans la substitution d'une chose à une autre et dans le choix de la chose substituée, il s'est conduit en négociant intelligent, en bon père de famille ; s'il n'a fait que ce que le commettant aurait probablement fait lui-même.

71. — L'intérêt réel du mandant, la nécessité de réduire autant que possible la perte dont il est menacé étant le fondement de la règle que nous venons d'exposer, son application ne peut être sollicitée et admise que dans l'hypothèse de la vente d'une marchandise actuellement en mains du commissionnaire. L'ordre d'acheter, inexécuté qu'il soit, pourra bien priver le commettant qui l'a transmis du bénéfice qu'il se promet de la revente, mais ne sera jamais une occasion de perte, en ce sens que l'inexécution ne fera jamais disparaître une partie quelconque de sa fortune, et ne saurait diminuer son actif actuel.

De là cette conséquence que le commissionnaire à l'achat ne peut jamais modifier l'ordre ; qu'il doit s'abstenir, s'il ne trouve pas à le remplir aux conditions indiquées. Loin de servir l'intérêt du commettant, l'achat à un prix plus élevé que celui qu'il a indiqué pourrait le compromettre en dérangeant ses prévisions et ses calculs et en lui enlevant peut-être la chance de bénéfice qu'il s'était ménagée. Nous verrons tout à l'heure les conséquences de l'achat fait en dessus du prix déterminé.[1]

72. — Les circonstances dans lesquelles l'ordre a été donné, sa nature peuvent cependant justifier le résultat contraire. En me chargeant d'acheter pour votre compte une certaine quantité de marchandises, vous m'informez que vous êtes obligé de la livrer vous-même dans un délai

[1] *Inf.*, n° 97.

déterminé, sous peine de très forts dommages-intérêts ou d'un achat en régie.

Je fais tous mes efforts pour acheter au prix que vous m'avez fixé, puis, voyant approcher le terme du délai qui vous est imparti, je me décide à dépasser la limite et je contracte l'achat au prix du jour pour vous sauver l'obligation de payer les dommages-intérêts ou le préjudice que vous occasionnerait une mise en régie. Pourrez-vous quereller mon opéré, prétendre laisser l'achat pour mon compte, ou tout au moins me faire supporter la différence que j'ai payée en plus.

Oui évidemment si depuis l'ordre, et avant l'époque où je l'ai exécuté, vous m'avez prévenu ou que des arrangements vous avaient délivré de tout péril, ou que, dans la prévoyance de l'impossibilité où je pourrais me trouver de remplir votre ordre, vous vous êtes pourvu ailleurs ; non, si aucun avertissement de ce genre n'a été reçu par moi avant mon achat. Alors, en effet, je n'ai fait que ce que votre intérêt exigeait impérieusement. J'ai usé d'une latitude qui était, sinon dans les termes, au moins dans l'esprit de votre mandat, j'ai agi comme un bon père de famille, comme vous l'auriez fait vous-même dans la conviction du danger dont vous menaçait l'échéance du délai qui vous était accordé. Il serait donc inique de m'infliger une peine quelconque.

73. — Au reste, les variations si subites et si nombreuses de l'atmosphère commercial ont, depuis longtemps, signalé les graves inconvénients du mandat impératif. Aussi, dans l'usage, l'ordre est simplement facul-

tatif. Il n'est même pas rare que, tout en limitant un prix, on déclare s'en rapporter au surplus à la prudence du commissionnaire pour ce qu'exigerait l'état du marché. D'autres fois, après avoir énoncé l'ordre, le commettant se borne à en prescrire l'exécution *au mieux de ses intérêts*.

Un mandat de cette nature est entièrement laissé à l'arbitrage souverain du commissionnaire. Il n'a qu'à consulter son opinion personnelle, qu'à obéir à ses inspirations. Quel que soit le mode suivi, quelle l'issue, sa responsabilité est à l'abri, alors même qu'en s'y prenant autrement il eût pu faire réussir l'opération qui a échoué. Cette absence de responsabilité n'est que la conséquence de l'impossibilité d'exciper et d'établir un excès de pouvoir, une violation de mandat. En effet, observait fort bien Casaregis : *In mandato collato ad liberum arbitrium mandatarii, nunquam intrat quæstio excessus mandati.*[1]

74. — Mais la liberté laissée au commissionnaire, quelque étendue qu'elle soit, n'est pas illimitée. Elle trouve ses bornes naturelles dans les engagements qui résultent de l'exercice public de sa profession. Celui qui en cette qualité sollicite et provoque la confiance promet *peritiam et industriam*. Son administration doit être celle d'un homme capable, intelligent et probe. La règle qu'il ne doit jamais négliger est celle que se tracerait un bon père de famille.

[1] *Disc.* 119, n° 16.

Il y aurait donc violation du devoir, si l'exécution par lui donnée était reprochable sous le rapport de la probité ou de la loyauté, s'il ne s'était pas renfermé dans les limites de la prudence, s'il avait agi contrairement à la pratique et aux usages du commerce, traité avec des individus notoirement insolvables, accepté des conditions évidemment onéreuses, en un mot ouvertement compromis les intérêts qu'il devait protéger et défendre. La conséquence de la réalité de l'acte reprochable ne serait pas douteuse, elle entraînerait la nécessité de réparer le préjudice.

75. — La conduite du commissionnaire dans le mandat facultatif est appréciée moins par les résultats de sa gestion, que par les motifs qui l'on dirigée. La pureté de ceux-ci le met à l'abri de tout recours, parce qu'elle le place au dessus de tout reproche : *Nihil aliud exigimus a mandatario cum libera, nisi ut mandatum ex bona fide impleat, et ad utilitatem mandantis quantum facere potest, id ipsum in re mandata faciens quod faceret in sua.*[1]

Les difficultés que peut faire naître l'exécution du mandat facultatif doivent donc, dit M. Troplong, se résoudre par l'intention qui a présidé aux actes du mandataire. Le juge verra si celui-ci a suivi les impressions de la bonne foi, et si dans sa conscience il a pris le parti qui paraissait le plus utile. En cette matière, la bonne

[1] Président Favre, sur le § 2 de la l. 3, Dig, *Mandati.*

foi naturelle explique au mandataire ce que le mandat n'a point expliqué.

Il ajoute ailleurs : Dans le mandat facultatif, le mandataire est investi d'une liberté qui repose sur la confiance. Il ne doit s'en servir que dans l'intérêt du mandant, et se conduire comme le ferait tout bon père de famille, tout négociant intelligent.[1]

76. — Le mandat est alternatif lorsque le commettant, signalant deux opérations, commet au commissionnaire de faire l'une ou l'autre, il n'aurait pas ce caractère si la seconde opération n'était indiquée qu'à défaut de la première. Elle ne pourrait être accomplie dans ce cas que si celle-ci n'avait pu l'être.

Le mandat pur alternatif est en même temps impératif et facultatif. Impératif, en ce que le mandataire ne peut accomplir que l'une des deux opérations indiquées ; facultatif, en ce qu'il reste libre de faire l'une ou l'autre, suivant qu'il le juge plus utile. Les difficultés que l'exécution pourrait soulever se résoudraient donc par les règles que nous venons de rappeler.

77. — Quelle que soit la nature du mandat, le commissionnaire qui l'accepte est tenu de l'exécuter immédiatement et sans retard. En commerce, une opération qui, faite aujourd'hui, aurait offert un bénéfice, ne sera plus demain que l'occasion ou le sujet d'une perte. Le commissionnaire doit bien se garder de braver cette chance.

[1] *Du Mandat*, nos 316, 354.

Son propre intérêt lui en fait un devoir, car l'occasion perdue ne se trouverait peut-être plus, et la négligence qu'il aurait mise à ne pas la saisir pourrait l'obliger à supporter personnellement le préjudice qui en serait résulté.

Notons bien que le commissionnaire qui ne remplit pas strictement chacune des obligations qui lui sont imposées se constitue en état de faute ; que la conséquence de la faute est sa responsabilité, et par suite la nécessité d'indemniser le commettant ; que sa qualité de mandataire salarié rend cette responsabilité plus étroite, et son application plus sévère.

78.—L'obligation d'agir sans retard ne reçoit exception que si le commettant a lui-même déterminé l'époque de l'exécution, ou que si, à défaut de cette détermination, son intérêt commande un temps d'arrêt dans cette exécution.

Vous m'expédiez des marchandises à la vente, mais, à l'arrivée de ces marchandises chez moi, une baisse considérable survenue depuis votre ordre vous expose à perdre une somme importante.

79. — Ce danger me paraît commander de surseoir à la réalisation de la vente. Je me hate de vous informer de l'état du marché et je sollicite de nouveaux ordres. Mais pendant ce temps la baisse a fait de nouveaux progrès et est venue ainsi aggraver votre perte, serez-vous fondé à laisser cette aggravation à ma charge ?

La négative ne serait pas douteuse si l'ordre de vendre

limitait le prix à obtenir. L'impossibilité d'obtenir ce prix me donnait bien la faculté de modifier le mandat dans votre intérêt, mais le fâcheux état du marché me commandait de ne pas user de cette faculté dont l'exercice, nous venons de le voir, n'est jamais obligatoire. J'ai donc dû vous aviser pour vous mettre à même de décider ce qu'il y avait à faire, et je ne puis être puni pour avoir rempli un devoir.

80.—Mais si le mandat était facultatif et son exécution entièrement livrée à ma discrétion, ne devais-je donc pas prévoir le progrès de la baisse et vendre immédiatement pour éviter que la perte fût plus considérable. Suis-je en faute de m'être abstenu, et dois-je répondre de l'aggravation de perte?

Il est impossible de résoudre la question en thèse et d'une manière absolue, sa solution variera nécessairement avec les circonstances particulières de chaque espèce. Les juges apprécieront sous l'influence des règles dominant le mandat facultatif, ils condamneront ou absoudront, suivant que la conduite du commissionnaire leur paraîtra ou non dictée par la loyauté et la bonne foi, ou par une prévision plus ou moins intelligente.

Surseoir à l'exécution immédiate d'une opération, lorque depuis l'ordre l'état des choses s'est gravement modifié, peut paraître un acte de prudence et de sagesse. On lui reconnaîtrait facilement ce caractère lorsque, s'agissant d'un achat dont l'urgence, sauf de très rares exceptions, n'est jamais fatale, une hausse considérable s'est manifestée depuis l'envoi de l'ordre et avant sa ré-

ception. Un pareil événement est dans le cas de déconcerter les prévisions et les calculs du commettant. Donc l'aviser de ce qui se passe et attendre ses nouveaux ordres, peut naturellement paraître un devoir dont l'accomplissement ne serait reprochable que dans des circonstances exceptionnelles.

81. — Le commissionnaire à qui il est prescrit de vendre au comptant, ne peut le faire à terme. Dans le cas où ce dernier mode est autorisé, il ne peut accorder un plus long délai que celui que le commettant a déterminé, 60 jours au lieu de 30, 90 jours au lieu de 60, 120 au lieu de 90.

L'inobservation de cette obligation dans l'un et l'autre cas engagerait sa responsabilité, il répondrait de l'insolvabilité de l'acheteur d'une manière absolue dans le premier; de celle survenue depuis le délai prescrit par le mandat, dans le second.

82. — MM. Delamarre et Lepoitvin enseignent le contraire. Ils estiment que, s'il lui a été impossible de traiter à la condition prescrite, le commissionnaire a pu s'en écarter; ils s'étayent de l'opinion de Casaregis, auquel ils empruntent l'hypothèse suivante :

Durand et compagnie, de Barcelonne, avaient donné commission à François et Pierre de Fornis, leurs correspondants à Livourne, de vendre une certaine quantité de toiles de Hollande. Cette vente devait être faite au comptant. *Intendendosi*, disaient les commettants, *pagando di contanti, e non a fidore.*

La maison de Livourne ne trouve pas d'acheteurs à cette condition, mais une hausse considérable se déclarant sur l'article, elle prend sur elle de vendre à terme à la maison Levi, alors en plein crédit.

L'événement justifie cette opération, car, des navires hollandais arrivant en grand nombre, les toiles subissent une forte baisse. Malheureusement la maison Levi tombe en faillite avant l'expiration du terme qui lui avait été accordé, et les commettants, au lieu d'un bénéfice, n'ont plus à attendre qu'une forte perte.

Ils soutiennent alors que cette perte doit rester pour le compte des commissionnaires qui ont méconnu et excédé leur mandat. C'est ce que le jugement avait décidé, mais, sur l'appel et conformément à l'opinion de Casaregis, le contraire fut consacré.

Le jugement, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, faisait une juste application du droit commun. Mais Casaregis décide selon les véritables règles du commerce, la bonne foi et l'équité, *pro veritate.*[1]

83.—MM. Delamarre et Lepoitvin n'appliquent exactement ni la pensée ni les paroles de Casaregis. En effet, loin d'admettre l'inapplicabilité du principe du droit commun à la matière commerciale, celui-ci décide positivement le contraire.

Il rappelle d'abord le principe *Mandatarius excedens fines mandati tenetur ad refectionem damni mandanto illati.* Il ajoute immédiatement : *Mandatarius*

[1] T. 2, n° 70.

vendens merces, seu res mandantis, minori pretio, VEL HABITA FIDE DE PRETIO CONTRA EXPRESSUM MANDATUM, *tenetur ad damni refectionem.*

D'où vient donc que Casaregis n'applique pas ce principe à l'espèce? Uniquement de cette circonstance que l'opération des commissionnaires avaient été ratifiée par le commettant. Les premiers, en effet, avaient avisé celui-ci de l'operation qu'ils venaient de conclure, et les commettants, loin de la désapprouver, avaient recommandé de veiller au recouvrement du montant de la vente à l'expiration du terme, et de leur en tenir compte.

C'est cette réponse qu'on opposait comme constituant une ratification, et créant une fin de non-recevoir contre toute réclamation ultérieure. Aussi Casaregis ne repousse la demande des commettants qu'en admettant l'existence de la ratification, parce que *ratificatio sanat excessum mandati quia æquiparatur mandato.*

Contre la ratification, les mandants soutenaient qu'ignorant au moment de leur réponse le nom de l'acheteur, ils n'avaient pu l'accepter comme débiteur, mais évidemment la connaissance du nom de l'acheteur était plus qu'indifférente. L'important était le terme accordé, car il constituait seul la violation du mandat.

Aussi Casaregis répond-il: *Ratificatio non valet si claram et specificam scientiam excessus non habuerit ratificans, sufficit tamen scientia substantialium qualitatum quæ conditionem ratificantis possunt reddere deteriorem.*

Il ajoute enfin: *Venditor non tenetur certiorare emptorem nisi de substantialibus qualitatibus quæ*

illum possunt retrahere ab emptione. Ratificatio trahitur ad qualitates etiam ignoratas, quando constat quod ratificans voluerit actum utrumque ille sit ratificare.[1]

Il est évident que Casaregis n'est pas de l'avis que lui prêtent MM. Delamarre et Lepoitvin. Il professe au contraire l'opinion contraire en mettant pour l'excès du mandat le mandataire commercial sur la même ligne que le mandataire civil, et que s'il refuse d'appliquer à l'espèce le principe du droit commun, c'est uniquement parce que la ratification du commettant l'a rendu non-recevable à en revendiquer le bénéfice. Notre doctrine est donc seule juridique et légale.

84. — Si l'époque de l'exécution a été déterminée par le mandat, le commissionnaire ne peut ni la devancer, ni la reculer sans engager sa responsabilité, sans être tenu du préjudice que peut occasionner l'exécution prématurée ou tardive.

Je vous expédie des marchandises que vous vendrez dans la première quinzaine de juillet. Vous vendez en juin, mais la hausse s'étant déclarée, la vente faite en juillet eût été plus avantageuse pour moi, vous êtes tenu de m'indemniser de la différence entre le prix de juin et celui de juillet.

Au lieu de vendre en juin, vous n'avez vendu qu'en août, et le marché était à cette époque inférieur à celui

[1] *Dis.* 125, nos 1 à 10.

de juillet. C'est du prix de ce dernier dont vous me devez compte.

Il en serait de même du commissionnaire à l'achat. Si, commis pour acheter en juillet, il l'avait fait en juin ou août, il devrait supporter la différence en plus qu'il aurait payée à l'une ou à l'autre de ces époques. Je ne devrai le rembourser que du prix de juillet.

85. — Cette obligation ne comporte aucun droit de réciprocité en faveur du commissionnaire. Si la vente ou l'achat fait en juin ou en août est plus avantageux qu'il ne l'aurait été en juillet, le profit appartient exclusivement au commettant et ne saurait être sous aucun prétexte retenu par le commissionnaire. Celui-ci doit compte du produit intégral de la vente et ne doit être remboursé que de ce que l'achat lui a réellement coûté. Le mandataire ne peut et ne doit retirer du mandat que le salaire convenu. Comprendrait-on d'ailleurs que le commissionnaire pût exciper de sa faute et se créer un bénéfice de la violation du mandat. Cette violation, le commettant seul a le droit d'en exciper et la ratification qu'il donne à l'opéré du commissionnaire, ratification qui ne serait pas douteuse dans l'hypothèse que nous supposons, lui a rendu l'agissement, quel qu'il soit, propre et personnel.

L'inobservation des prescriptions qu'il reçoit peut préjudicier au commissionnaire, mais ne lui profite jamais. C'est là pour lui une raison déterminante de se conformer fidèlement et scrupuleusement aux conditions qui lui sont faites. Telle doit être en effet sa règle de

conduite. Le commerce en général et lui-même en particulier n'ont qu'à y gagner.

86. — De ce principe résulte cette autre conséquence que le commissionnaire est tenu d'exécuter l'ordre au lieu indiqué par le commettant. Celui qui, chargé de vendre ou d'acheter à Marseille, vendrait ou achèterait à Lyon ou ailleurs, commettrait une faute, il serait en conséquence tenu de la différence entre le prix de la vente faite à Lyon et celui qu'elle aurait produit à Marseille. La marchandise achetée à Lyon pourrait être refusée par le commettant et laissée pour son compte personnel. C'est ce que la Cour de Montpellier d'abord et la Cour de Cassation ensuite ont taxativement décidé dans l'espèce suivante :

Un sieur Remond avait chargé le sieur Gayral d'acheter pour son compte 50 pièces esprit 3/6, savoir : 25 pièces au marché de Béziers, du 3 août, ou à celui de Pézénas, du lendemain 4, et 25 pièces au maché de Pézénas, du 1er septembre.

Gayral, ayant successivement contracté ces achats, envoit facture à Remond qui donne ordre de garder ces pièces en magasin à ses risques et périls pour ne les expédier qu'en novembre.

A cette époque, un premier envoi de 48 pièces est réalisé. A leur arrivée, refus de Remond de les recevoir, sous prétexte que la marchandise n'étant ni loyale, ni marchande, elle doit rester pour le compte du commissionnaire.

Devant le tribunal saisi de la difficulté, Remond sou-

tient son refus et les motifs qui l'ont déterminé. Il ajoute que 39 pièces seulement ont été achetées sur les marchés indiqués; que les onze autres ont été tirées des magasins de Gayral; qu'en conséquence, l'ordre par lui donné n'ayant pas été rempli en totalité, il ne pouvait être tenu de ratifier l'opération du commissionnaire.

Celui-ci convient que sur les 50 pièces, 11 ont été réellement tirées de ses magasins, mais il soutient qu'en agissant ainsi il s'est conformé à l'usage du commerce; qu'on ne saurait dès-lors refuser l'opération sous prétexte de l'inexécution du mandat.

La Cour de Montpellier, dans l'arrêt définitif, condamne Remond à prendre les marchandises, mais jusqu'à concurrence de 39 pièces seulement. Quant aux 11 autres, l'arrêt considère qu'elles existaient déjà dans les magasins de Gayral, avant le mandat; et que cependant elles ont été comprises dans l'expédition; qu'en agissant ainsi le sieur Gayral s'est écarté du mandat, sans qu'on puisse toutefois incriminer de dol ou de fraude un fait qui a pu lui paraître licite d'après les usages du commerce; que ces 11 pièces doivent donc rester pour son compte avec les frais.

Le pourvoi dont Remond avait frappé cet arrêt fut rejeté par la Cour de cassation, le 6 avril 1831.[1]

87. — Au point de vue du principe obligeant le commissionnaire à se conformer à ce qui lui est prescrit sur le lieu où le mandat doit être exécuté, ces deux monu-

[1] *J. D. P.*, 31, 1, 117.

ments de jurisprudence peuvent et doivent paraître irréprochables, nous n'en dirons pas autant de l'application qu'ils en font. Nous en suspectons la légalité sous un double rapport. Il nous semble, d'une part, que les onze pièces ne devaient pas être laissées pour compte du commissionnaire ; d'autre part, que le contraire acquis, le mandat ne se trouvant plus que partiellement rempli, le commettant devait être admis à en répudier l'exécution pour le tout.

Qu'importait, en effet, que les onze pièces provinssent des magasins de Gayral. A la différence de l'agent de change et du courtier, le commissionnaire est un véritable commerçant apte à faire pour son compte toutes sortes d'opérations, à acheter de tous, à vendre à tous, sans exception même de celui qui l'a constitué son mandataire.

Aucune loi ne lui prohibe de s'acheter à lui-même pour le compte de son mandant, et l'usage commercial l'y autorise formellement. La Cour de Montpellier reconnaissait elle-même la certitude de cet usage que la pratique a rendu d'ailleurs aussi évident qu'incontestable. Que font, en effet, ces importantes maisons de commission qui dans la prévision d'ordres futurs réalisent des approvisionnements considérables qu'elles écoulent en les appliquant aux demandes au fur et à mesure qu'elles les reçoivent. Elles vendent donc à leur commettant, et jamais on n'a contesté ni la régularité, ni la légalité de ces ventes.

Dans l'espèce, si Gayral avait vendu à un tiers, le 3 août, les onze pièces qu'il avait en magasin et qu'il les

eût immédiatement rachetées pour le compte de son commettant, il eût été impossible à ce dernier de trouver rien à redire. Et l'on admet le contraire parce que, évitant ce circuit d'opérations, le commissionnaire s'est constitué le vendeur direct de son commettant et s'est acheté à lui-même pour le compte de ce dernier.

Une pareille opération, nous le répétons, n'est interdite par aucune loi, ne répugne à aucun principe. Tout ce qu'elle peut et doit produire contre le commissionnaire, c'est l'impossibilité de réclamer une commission quelconque. Celle-ci n'étant que la récompense des peines et soins pris, des démarches faites pour trouver un vendeur, ne saurait être due lorsque le commissionnaire, ayant pris lui-même cette qualité, ne s'est évidemment livré à aucune démarche, n'a ni peine ni soins à prendre. La jurisprudence l'a ainsi consacré. Mais par cela même qu'elle s'est bornée au retranchement de la commission, elle a formellement reconnu la possibilité et la légalité de la vente, à laquelle elle n'a pas hésité à faire produire tous ses autres effets.

En réalité donc, le commissionnaire peut s'acheter à lui-même les objets qu'il est chargé d'acheter pour le commettant. Il ne confond pas sur sa tête la double qualité de vendeur et d'acheteur. Le vendeur, c'est lui personnellement; l'acheteur, c'est le commerçant : *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Il y a donc dans une opération de ce genre la double individualité distincte qu'exige la vente.

Dans l'espèce, la marchandise vendue se trouvant à Béziers, domicile de Gayral, et y ayant été l'objet de

l'achat, l'ordre avait été fidèlement rempli et Remond devait être contraint à en prendre livraison.

88. — Pouvait-on, dans l'hypothèse contraire, le contraindre à se livrer des trente-neuf pièces restant? Nous ne saurions l'admettre.

En droit, le mandat est indivisible et doit être intégralement rempli ; il n'appartient pas à celui qui en est chargé de le modifier outre et contre la volonté de celui qui le donne. La Rote de Gênes le consacrait formellement dans cette disposition : *Non est in facultate mandatarii addere vel demere ordini sibi dato.*

De tout temps la doctrine a conclu de ce principe que l'exécution partielle ne lie pas le mandant et ne saurait lui être opposée. Voici en quels termes Casaregis résumait les nombreuses autorités qu'il indique :

Quindi segue che non essendo adempita la forma del mandato, non e tenuto il mandante a osservare e ratificare chio che vien fatto dal mandatario; ne meno rispetto a quella parte, nella quale parte, avesse operato in conformita del mandato. E cio procede quando anche l'eccesso del mandato consistesse in una picola anzi menomissima parte.[1]

Or, l'excès de mandat existe non-seulement lorsque l'ordre a été dépassé, mais encore lorsqu'il n'a pas été atteint. Je ne voulais qu'une seule chose, dira le mandant, celle que je vous avais chargé de me procurer, mais je la voulais entière et intégrale. Je ne puis donc

[1] *Disc.* 119, nos 9, 10 et 11.

être contraint à accepter la partie que vous m'offrez. Il ne vous était pas plus permis de retrancher du mandat que d'y ajouter, et si vous vous êtes permis de le faire, vous avez violé le mandat et réellement excédé vos pouvoirs. Je ne suis tenu ni d'accepter ni de ratifier les modifications qu'il vous a plu de faire subir à mon ordre.

La rationnalité de cette doctrine la recommandait à l'attention des jurisconsultes. Aussi nos auteurs modernes n'ont-ils pas hésité à l'admettre et à l'enseigner. Si le mandataire, dit M. Troplong, n'offre au mandant qu'une exécution partielle, le mandant n'est pas tenu de l'accepter; il est en droit de la rejeter pour le tout, l'exécution est, en général, indivisible, son accomplissement partiel équivaut au non-accomplissement.[1] C'est également ce qu'enseignent MM. Delamarre et Lepoitvin.[2]

Cette solution résultait en quelque sorte forcément de la nature des choses, le contraire pourrait dans un cas donné occasionner au mandant un notable préjudice. L'ordre d'achat peut n'avoir été dicté que par la nécessité pour le commettant de livrer des quantités égales à celles qu'il fait acheter L'exécution partielle de son ordre le mettant dans la position de manquer lui-même à ses engagements, l'exposera à voir résilier un marché très avantageux et à supporter des dommages-intérêts.

Supposez encore que dans un but de spéculation et voulant m'emparer d'un article, je vous ai commis l'achat de ce qui existe sur votre place. Vous n'en achetez

[1] N° 302.
[2] T. 2, n° 121.

qu'une partie et vous laissez ainsi place à la concurrence que j'avais voulu éviter et qui est dans le cas de faire avorter ma spéculation.

89. — Il est permis de croire que si la Cour de Cassation avait été appelée à apprécier le droit, sa décision eût consacré la doctrine si universellement admise, mais la Cour de Montpellier s'était déterminée par les circonstances. Elle considérait en fait que le commissionnaire offrait les 50 pièces demandées et que sous ce rapport l'intérêt du commettant était de tous points sauvegardé; que, d'autre part, le commissionnaire avait agi de très bonne foi et dans la persuasion qu'il se conformait aux usages du commerce; que le défaut d'intérêt d'une part, cette bonne foi de l'autre, devaient faire restreindre le refus d'acceptation aux onze pièces directement fournies par le commissionnaire.

Cette appréciation en fait, fondée ou non, ne pouvait tomber sous la censure de la Cour de cassation, qui rejeta le pourvoi, mais elle imprime à la décison le caractère d'arrêt d'espèce plutôt que de principe, et le rend comme précédent sans autorité sur notre question; en pur droit, l'exécution partielle équivaut au non-accomplissement, celui qui a demandé 50 ne peut être tenu d'en accepter 40, pas plus qu'il ne le serait d'en prendre 60.

90. — Il est un seul cas où le commissionnaire n'est pas tenu d'atteindre le chiffre le plus élevé, à savoir : lorsque ce chiffre n'a été indiqué que comme *maximum* ne devant pas être dépassé. Je vous commets un achat de

laines, et je vous autorise à aller jusqu'à 50 balles, cet ordre limite l'achat mais ne le détermine d'aucune manière, le commissionnaire à toute liberté de 1 à 50 ; l'achat de 10, de 20, de 30 balles constituerait la fidèle exécution du mandat, et ne saurait être refusé sous prétexte d'insuffisance.

Dans une pareille hypothèse, l'excès du mandat ne peut exister que si le *maximum* déterminé avait été dépassé. Jusque-là le commissionnaire est irréprochable et n'a fait qu'user de la faculté que lui concédait expressément le mandat.

91. — Une autre obligation du commissionnaire à l'achat est celle de se conformer exactement à l'ordre ; quant à la nature, la qualité, la provenance de la chose à acheter.

L'achat fait dans une qualité autre que celle prescrite, fût-elle évidemment supérieure à celle-ci, eût-elle été obtenue au même prix, pourrait être refusé par le commettant. On comprend en effet que celui qui ne fabrique que des draps grossiers n'a que faire d'une laine fine qu'il lui serait impossible d'utiliser dans sa fabrication. Le refus qu'il ferait de ratifier l'achat, le laisser pour compte qu'il déclarerait ne rencontrerait aucun obstacle, alors même que la laine achetée lui serait offerte au prix qu'il avait fixé dans son ordre.

Le commissionnaire ne doit pas se borner à acheter dans la qualité commise, il est obligé de choisir dans cette qualité la chose qui doit convenir le mieux au com-

mettant, de s'assurer qu'elle est pure de tout mélange de nature à en vicier ou à en altérer la bonté.

En d'autres termes, la qualité d'une marchandise s'entend de tous les éléments de nature à en constituer la valeur réelle, c'est-à-dire de ce qui se réfère : *Quod ad saporem, odorem, sonum, colorem, novitatem, raritatem et hujus modi.*[1]

Vainement donc le commissionnaire exciperait-il de la conformité de qualité entre la chose offerte et celle demandée ; s'il a acheté ce qui dans la qualité requise était le plus inférieur, si un mélange ou une sophistication quelconque dénature la chose, en un mot si un vice la déprécie, ou si, sans la déprécier, en rend l'emploi plus onéreux, le commettant peut refuser et laisser la marchandise achetée pour le compte du commissionnaire.

92. — La nouveauté de la marchandise en augmente la valeur dans certains cas, la diminue dans d'autres. Le commissionnaire doit dans tout se conformer scrupuleusement aux intentions du commettant : je vous charge d'acheter pour moi des amandes princesses de la dernière récolte, ou du vin vieux. Vous achetez des amandes de deux ou trois ans, ou du vin de l'année, vous ne pourrez m'obliger à ratifier votre agissement et à recevoir la marchandise qu'il vous a plu d'accepter.

Il en est de la provenance comme de la nouveauté, s je vous ai commis des blés de Pologne, vous ne pouvez m'offrir des blés de Syrie, et réciproquement. La chose

[1] Casaregis, *Disc.* 176, n° 7.

offerte n'est plus alors la chose demandée, or le commettant n'est et ne peut être jamais tenu d'accepter que celle-ci.

Dans toutes ces hypothèses, la violation de ses obligations aurait pour le commissionnaire cette conséquence que non-seulement il ne pourrait contraindre le commettant à se livrer de la chose acquise, mais qu'il serait en outre tenu de l'indemniser du préjudice que lui occasionnerait l'inexécution de l'ordre.

93. — Lorsque le mandat se réfère à plusieurs opérations successives, le commissionnaire est tenu de se conformer à l'ordre qui lui est tracé pour chacune d'elles. Vous vendrez les blés que je vous expédie et de leur produit vous achèterez des vins que vous m'enverrez en retour.

En présence d'un ordre de cette nature, il ne vous est pas permis d'acheter les vins avant d'avoir vendu les blés, alors-même que vous ne devriez payez le prix qu'avec le produit de ceux-ci. En laissant l'époque de l'achat des vins indéterminée, le commettant a voulu se ménager la chance d'une baisse, et par suite l'occasion d'acheter à meilleur marché. En conséquence, si cette chance venant à se réaliser il n'a pu en profiter par ce qu'il vous a plu de devancer l'achat des vins, vous êtes tenu de l'indemniser du préjudice que lui occasionne votre opération prématurée. Vous ne pouvez lui passer en compte que ce que les vins valaient après la vente des blés.

94. — Le commissionnaire à l'achat chargé d'expédier les effets achetés, le commissionnaire à la vente qui doit faire le retrait en marchandises, ne peut user dans

l'expédition que de la voie indiquée par le commettant; s'il agit autrement, la marchandise perdue ou détériorée pendant le voyage reste pour son propre compte. Voici l'exemple que M. Troplong emprunte aux décisions de la Rote de Gênes.

Des marchands de Palerme avaient reçu de Jérôme de Marini la commission de lui acheter une certaine quantité de blés, et de les lui envoyer de la même manière qu'ils devaient expédier les froments de Nicolas, leur père et oncle. Au lieu de suivre ces indications, les marchands de Palerme ne chargèrent qu'une partie des blés destinés à Marini sur le vaisseau qui portait à Gênes les froments de Nicolas. Ils confièrent le surplus à un petit navire ayant Livourne pour destination et commandé par le capitaine Jean Paul. Les froments dirigés sur Gênes arrivèrent à bon port, mais le navire de Jean Paul périt dans la traversée avec son chargement. Cependant les marchands siciliens demandèrent à Marini le prix des blés par eux achetés et expédiés. Marini refusa, soutenant que les blés qui avaient péri sur le bord de Jean Paul n'étaient pas à lui; qu'ils devaient rester pour le compte des expéditeurs qui n'avaient pas accompli le mandat dans la forme prescrite.

Devant la Rote de Gênes, les marchands siciliens disaient : N'est-ce pas une rigueur excessive que de vouloir l'accomplissement du mandat *ad unguem*? Est-ce qu'on ne peut pas remplir un mandat par équipollents? Est-ce que les lois romaines n'en contiennent pas l'autorisation expresse? Or, qu'importe que nous n'ayons pas envoyé la totalité des blés par la même voie qui a transporté les

froments de Nicolas? Désireux de servir Marini avec toute la promptitude possible, nous avons chargé du transport un autre navire, pensant qu'il était fort peu important que ce fût un tel ou un tel qui portât la marchandise. En cela nous avons agi de notre mieux pour suivre l'intention du commettant et faire ce qu'il aurait fait lui-même à notre place.

Marini répondait en insistant sur le principe que le mandat doit être exécuté dans la forme prescrite, *ad unguem*; il citait les docteurs et les lois pour prouver que le mandataire est sans action lorsqu'il excède, même dans les petites choses, *etiam quod in modico consisteret*, les ordres qui lui sont donnés. En fait, il ajoutait: Vous vous êtes sans doute hâtés de faire l'expédition, mais vous ne l'avez pas faite dans les circonstances et avec les conditions déterminées par le mandat. Je voulais que mon blé me fût expédié de la même manière que les froments de Nicolas, et j'avais mes raisons pour cela, car, Nicolas étant votre père et votre oncle, vous aviez intérêt à le bien servir, et je voulais profiter de la diligence spéciale que vous mettriez à faire son expédition. Vous, au contraire, vous chargez les blés sur un bâtiment fragile au lieu d'un bâtiment en état de résister à la mer, comme celui qui a transporté les froments de Nicolas; vous m'adressez mes blés à Livourne, tandis que ceux de Nicolas devaient arriver à Gênes, où il était de mon intérêt qu'ils débarquassent. Vous êtes évidemment en faute. Maintenant que parlez-vous d'équipollents? Ils ne sont pas admissibles. Quand le mandat est dans une forme précise, la forme précise doit présider à l'exécution.

Ce système prévalut, et la Rote de Gênes consacra les prétentions de Marini en déboutant les marchands siciliens de leur demande.[1]

Ce qu'on décidait alors, nos tribunaux ne manqueraient pas de le décider encore, les principes n'ont pas varié. Aujourd'hui, comme autrefois, l'opération qui fait la matière de l'ordre est inséparable des conditions imposées à son exécution, et chacune de ces conditions doit être remplie *præcise* et *tenaciter*, comme le disait Casaregis.

95. — La violation du mandat peut d'autant moins être opposée aux tiers, que le commissionnaire agissant en son nom, ceux-ci ne doivent ni se préoccuper ni rechercher si l'opération qu'ils traitent avec lui lui est personnelle ou si elle est faite pour le compte d'un tiers. Ainsi l'achat ou la vente consommé contre les termes mêmes du mandat n'en serait pas moins valable, n'en produirait pas moins tout ses effets en faveur du vendeur ou de l'acheteur. L'unique garantie du commettant est la responsabilité du commissionnaire.

96. — La nature de cette responsabilité résultait de celle du contrat lui-même. La commission est une industrie lucrative pour celui qui l'exerce, il est donc en réalité un mandataire salarié répondant de la faute même légère ; ce qui était d'autant plus juste, que la faute la plus légère peut en commerce entraîner les plus graves conséquences.

[1] Troplong, *du Mandat*, n° 308.

L'effet de cette responsabilité diffère suivant qu'il s'agit d'un mandat de vendre, ou du mandat d'acheter.

Dans le premier cas, le commissionnaire ayant disposé de la chose, et la vente devant produire tous ses effets en faveur du tiers acheteur, le commettant n'a d'autre action à exercer qu'un recours contre le commissionnaire pour le contraindre à lui payer la valeur intégrale des effets aliénés.

Pour le commissionnaire à l'achat, la violation du mandat le laisse sans action contre le commettant. Ne pouvant le contraindre à recevoir la chose achetée, comment exigerait-il le remboursement du prix. L'opération qui vous prétendez m'appliquer, dirait ce dernier, n'a pas été faite pour mon compte, et ce qui le prouve invinciblement, c'est qu'elle s'est réalisée en dehors de mes instructions et contre les conditions que je vous avais tracées.

97. — L'achat fait en violation de l'ordre reste donc pour le compte propre et personnel du commissionnaire. Pourrait-il en être autrement si l'achat ayant été contracté dans les termes du mandat, mais à un prix supérieur à celui indiqué, le commissionnaire offrait la chose contre ce prix, et déclarait prendre l'excédant à sa charge.

Les jurisconsultes romains s'étaient posés cette question : Je vous charge de m'acheter le fonds cornélien pour le prix de 100. Vous, croyant bien faire et poussé par la chaleur des enchères, vous vous rendez adjudicataire en mon nom pour 110. Aurez-vous action contre moi? Ne pourrais-je pas, au contraire, vous laisser cet

achat pour votre compte ? Le pourrais-je alors même que vous ne répéteriez contre moi que 100 ?

Les Sabiniens se prononçaient nettement contre le mandataire et lui refusaient tout recours d'une manière absolue. Ayant excédé son mandat, il a agi réellement sans mandat, et dès-lors comment lui accorder l'*actio mandati*, même au prix du sacrifice qu'il propose.

Les Proculéiens répondaient : C'est agir avec trop de sévérité, il faut se montrer plus facile. Qu'importe que le mandataire ait dépassé les limites de son mandat si, reconnaissant sa faute et consentant à s'exécuter, il met les choses au point où la procuration les avait mises ? Le mandataire voulait avoir une maison pour 100, elle lui est acquise pour 100, de quoi aura-t-il à se plaindre ?

Quæ sententia, disent les Institutes de Justinien, *sane benignior est*. C'est en sa faveur qu'elles se prononcent.

Ce caractère équitable ne se présentera pas cependant, même dans le mandat civil, d'une manière absolue. L'absence de tout intérêt de la part du mandant ne se rencontrera pas toujours. Supposez que sa position a complètement changé depuis le mandat, et à une époque telle qu'il n'ait pu utilement en aviser le mandataire. Une faillite, un vol ou tout autre revers de fortune est venu le mettre dans l'impossibilité de réaliser l'achat qu'il avait projeté. Si son mandat avait été fidèlement rempli, il était débarrassé de toute inquiétude, délivré de tout fracas, et parce qu'il a plu à son mandataire de franchir les limites qui lui étaient imposées, il se trouvera sous le coup d'une acquisition sans avoir les moyens d'y pour-

voir, et se trouvera ainsi exposé à une expropriation ou à une folle enchère.

Nous avouons qu'une pareille conséquence est réellement *benignior*, mais pour le mandataire seulement, car pour le mandant, on ne pourrait en disconvenir, elle serait une souveraine, une suprême injustice. Un autre a commis une faute, et c'est lui qui en sera le plus cruellement puni.

Nous subordonnerions donc, même en mandat civil, la décision de Justinien au cas où la résistance du mandant ne pourrait être attribuée qu'au pur caprice, qu'à un entêtement irrationnel. N'est-il pas évident en effet que, puisque cette décision repose uniquement sur le caractère équitable de l'opération, on doit s'abstenir de l'appliquer lorsque l'intérêt certain du mandant lui impose la nécessité d'un refus, et efface ce caractère?

Dans le mandat commercial, nous repoussons cette application d'une manière absolue, car, à son endroit, ce qui est l'exception dans le mandat civil, deviendra la règle générale. Il est évident, en effet, que si le prix payé par le commissionnaire laisse une chance de bénéfice, le commettant ne demandera pas mieux que de s'appliquer l'opération. Il gagnera moins sans doute que si l'achat avait été contracté au prix limité, mais il gagnera quelque chose que son refus lui enlèverait sans lui rien donner en échange. Or, il n'est pas dans l'habitude des commerçants de se priver, sans compensation, d'un profit, quelque minime qu'il soit.

On ne peut donc prévoir le refus que dans l'hypothèse d'une baisse survenue depuis l'achat, et rendant l'opéra-

tion plus ou moins désastreuse. En répudier les conséquences est, pour le commettant, d'un intérêt palpable. Est-ce à lui que les Proculéiens auraient pu dire : De quoi vous plaignez-vous ?

Je n'achetais que pour revendre, répondrait-il, et en vue du bénéfice que j'espérais. Sans doute, la baisse survenue m'aurait fait perdre ce bénéfice, m'aurait même donné une perte, alors même que l'achat aurait été fait au prix que j'avais limité. Mais le hasard m'avait affranchi de toute chance à cet égard, puisque l'exécution littérale de mon ordre étant impossible, mon opération manquait naturellement.

La perte à laquelle je serais exposé est donc la conséquence unique de l'excès de mandat que s'est permis le commissionnaire, et cet excès constituant une faute, ses conséquences ne peuvent retomber que sur son auteur. Dira-t-il qu'il les subit, en prenant à sa charge l'excédant du prix. Dois-je, parce qu'il perdra un, perdre moi-même dix, quinze, vingt? C'est donc sur moi que tombera, en réalité, le châtiment de sa faute!

La raison, la justice et le droit protestent contre un pareil résultat. On doit d'autant plus le repousser, qu'en sortant sciemment des limites du mandat, le mandataire est présumé avoir pris l'opération pour son propre compte, et traité à ses périls et risques ; qu'il a su, dans tous les cas, que le commettant aurait à ratifier, et pu prévoir qu'il pourrait se refuser à le faire.

En définitive, l'exécution fidèle du mandat eût sauvegardé tous les intérêts. Cette exécution était un devoir

facile à remplir. Le dommage résultant de sa violation doit rester à la charge exclusive du violateur.

Comment, d'ailleurs, accorder une action au commissionnaire, lorsque le commettant n'en a aucune. Ainsi il ne peut, dans l'hypothèse d'un prix supérieur, exiger que la marchandise lui soit livrée au prix qu'il avait limité. S'il réclame la chose achetée, il doit payer tout ce qu'elle a coûté. Tout le monde est d'accord sur ce point. Le doute ne pouvait même naître, car, en revendiquant le marché pour son compte, il ratifie expressément l'acte de son commissionnaire. Or, Casaregis nous le disait tout à l'heure : *Ratificatio sanat excessum mandati, quia æquiparatur mandato.*

Mais il y a plus, l'action du mandant offrant le remboursement de tout ce que la marchandise a coûté échouerait devant le refus du commissionnaire. Je n'ai pas traité pour votre compte, dirait celui-ci, et la preuve c'est que j'ai payé un prix plus élevé que celui que vous m'aviez limité. Comment le commettant échappera-t-il à cette objection, et quels moyens aura-t-il d'établir que l'opération a été réellement faite pour son compte?

Cet inconvénient ne se présentera jamais dans le mandat civil, car le mandataire agissant au nom du mandant, l'application de l'achat à ce dernier résultera de l'achat lui-même; il ne sera donc jamais exposé à voir cette application divisée ou contestée.

Cette différence justifierait à elle seule la nécessité de repousser de la matière commerciale la doctrine des Proculéiens, en supposant qu'il fallût l'admettre dans le mándat civil. Elle serait, dans la première, l'occasion

d'une fraude, dont le commettant serait inévitablement victime ; si l'opération présente un bénéfice, le commissionnaire qui a agi en son nom s'en appliquera le profit; nous venons de voir l'impuissance dans laquelle serait le commettant de prouver qu'elle a été faite pour son compte. Si elle offre une perte, le commissionnaire ne manquera pas de l'appliquer à ce dernier, en prenant à sa charge la plus minime partie de cette perte, c'est-à-dire la différence entre le prix réel et celui qui lui avait été indiqué.

C'est-à-dire que le commettant sera entièrement livré à la discrétion du commissionnaire, et que, sans action pour le contraindre dans l'hypothèse d'un bénéfice, il pourra être contraint par lui dans celle d'une perte. N'avons-nous pas raison de dire que le système qui entraînerait de pareilles conséquences ferait violence à la raison, au droit, à l'équité, à la justice.

Il faut donc s'en tenir aux principes généraux du droit commun, aux principes spéciaux en matière du mandat. En droit commun, l'auteur de la faute est tenu de réparer le préjudice en résultant.

En matière de mandat, l'excès de pouvoirs constitue la faute, et ne saurait obliger le mandant, aux termes de l'article 1998 du Code Napoléon. Le mandataire qui sort des limites qui lui sont assignées n'a pas agi en sa qualité, il s'est constitué *negotiorum susceptor*, et s'est par conséquent soumis à recourir à la ratification de celui dont il prétend avoir fait l'affaire. Or, la ratification est un acte essentiellement dépendant de la volonté, et ne peut être contraint, dans notre hypothèse surtout, puis-

que la limite posée dans la procuration renfermait virtuellement la prohibition de gérer au-delà de cette limite. D'ailleurs, les termes de l'article 1998 du Code Napoléon, sur la ratification, sont exclusifs de toute idée de contrainte pour le mandant.

98. — Le commettant pourra donc, si le prix a été dépassé, laisser l'opération pour le compte personnel du commissionnaire, mais il ne serait ni recevable ni fondé à réclamer des dommages-intérêts, à cause de l'inexécution de l'ordre. Cette inexécution n'est en effet que la conséquence de la limite qu'il avait lui-même posée. L'impossibilité dans laquelle le commissionnaire s'est trouvé d'agir dans cette limite constitue en sa faveur une force majeure dont il ne saurait répondre.

L'action en dommages-intérêts ne pourrait être intentée, et ne serait admissible que si l'inexécution était imputable à la négligence du commissionnaire, comme si ayant pu, depuis la réception de l'ordre, réaliser l'achat au prix indiqué, il en avait laissé échapper l'occasion. Une pareille négligence, nous l'avons déjà dit, constituerait une faute et engagerait la responsabilité de son auteur.

Mais le commettant qui en alléguerait l'existence serait obligé de l'établir, et ce ne serait qu'après, et sur cette preuve, qu'on pourrait lui allouer une indemnité.

99. — De quelque nature que soit la faute du commissionnaire, elle est effacée par la ratification que le commettant, instruit de l'excès du mandat, ferait de l'o-

pération. Nous avons déjà vu cette règle proclamée et appliquée par Casaregis.[1] La ratification est expresse ou tacite.

100. — Celle-ci s'induirait de tout acte qui renfermerait l'approbation de la conduite du commissionnaire. Il ne saurait être, en effet, que le commettant abusât du droit que lui confère la violation du mandat, ni qu'il en subordonnât l'exercice au résultat final de l'opération. Il doit donc, dès qu'il est instruit de l'acte du commissionnaire, se prononcer et faire nettement connaître ses intentions.

Le défaut de refus, l'absence de réponse à la lettre d'avis, son accusé de réception pur et simple, l'acceptation de la marchandise achetée, l'insertion dans le compte-courant au crédit du commettant et au débit du commissionnaire, ferait admettre la ratification.

101. — Mais la réception des marchandises ne saurait couvrir le vice consistant dans le choix d'une qualité inférieure ou d'une qualité autre que celle demandée. On a essayé bien souvent de faire appliquer au commissionnaire la fin de non-recevoir édictée par l'article 105, mais cette prétention a été à peu près unanimement repoussée.

La spécialité de cette disposition au voiturier résulte explicitement de son texte, et dans ces termes sa rationnalité ne saurait être contestée. Le voiturier n'est

[1] *Sup.*, n° 83.

jamais intéressé dans les diffficultés que peut faire surgir la non-conformité ou les vices de la qualité des marchandises, et ne peut transporter que ce qu'on lui remet. Il ne répond donc que de l'avarie subie en cours de voyage, facile à constater si elle est extérieure et s'annonce par des signes apparents, facile à soupçonner, suivant la nature et l'époque du voyage.

Le devoir du réceptionnaire est donc de vérifier l'état réel, de s'en ménager le temps et les moyens, en différant le payement de la lettre de voiture. Dès-lors, si abandonnant ce devoir il reçoit la marchandise et paye immédiatement la voiture, il renonce évidemment à tout recours contre le voiturier.

Du réceptionnaire à l'expéditeur une pareille fin de non-recevoir n'aurait plus rien de rationnel, plus rien de juste. Le premier doit recevoir, et le second envoyer des qualités déterminées. La substitution d'une qualité à l'autre constitue une fraude qui, faisant exception à tous les principes, lui enlèverait le bénéfice de la fin de non-recevoir s'il pouvait l'invoquer, puisque, ainsi que nous le verrons, elle produit un effet semblable contre le voiturier lui-même.

Qu'importe d'ailleurs qu'il ait reçu la marchandise et payé le voiturier, la réception pouvait seule faire découvrir la substitution. La connaissance de celle-ci acquise, pouvait-il refuser de payer le voiturier. Donc, il n'a fait dans le tout que ce qu'il était forcé de faire, et une fin de non-recevoir reposant sur une pareille base ne serait qu'une iniquité, que la jurisprudence s'est bien gardée de consacrer.

102. — La prudence conseille au commettant réceptionnaire, dès qu'il a découvert le vice dont il se plaint, de remplir les formalités prescrites par l'article 106, et de faire nommer un tiers consignataire. L'inobservation de ces mesures ne crée pas en droit, nous le verrons tout à l'heure, une fin de non-recevoir, mais elle est dans le cas d'en produire les effets. Il est évident que si, en mélangeant les marchandises reçues avec les siennes, il s'est placé dans l'impossibilité d'établir l'identité entre les premières et celles qu'il représente, il devrait succomber dans sa réclamation.[1]

103. — La commission pour opérations de change aura pour objet de tirer, d'accepter, d'acheter ou de vendre des lettres de change, ou autres effets de commerce, d'en poursuivre l'acceptation ou le payement. La position du commissionnaire vis-à-vis des tiers varie suivant la nature de l'opération qu'il remplit.

Celui qui est chargé de présenter une lettre de change à l'acceptation ou d'en demander payement à l'échéance ne s'engage jamais qu'envers son commettant. Ici surtout l'obligation d'agir sans retard devient urgente. La négligence à requérir l'acceptation ou à faire protester, à défaut de payement, dans le délai déterminé par la loi, l'obligerait de réparer le préjudice qui pourrait en résulter pour le porteur.

Ici encore le commissionnaire n'est pas toujours libre

[1] Douai, 26 août 1844; Aix, 11 mars 1857. *J. D. P.*, 2, 1844, 358. *Bulletin de la Cour d'Aix*, 1857, p. 219.

de refuser le mandat. Nous avons déjà indiqué les obligations à remplir dans l'hypothèse d'effet à protester reçu le jour ou la veille de l'échéance.[1]

Enfin, il est responsable de toutes les déchéances ou prescriptions qu'il laisserait s'accomplir.

104.— Le commissionnaire chargé de tirer, d'accepter ou de négocier des lettres de change et effets de commerce s'oblige personnellement envers tous les ayants droit. Ainsi l'acceptation, quoique réellement faite à découvert et par pure complaisance, n'en prouve pas moins la provision en faveur du porteur et des endosseurs, dont l'accepteur devient le débiteur direct et solidaire avec les tireurs, donneurs d'aval, etc. Leur action ne pourrait être écartée par le motif que l'acceptation n'a été donnée que pour le compte du tireur lui-même. Cela acquis, il n'en resterait pas moins certain que le commissionnaire a cautionné son commettant, et que ce cautionnement doit produire tous ses effets.

105. — La négociation d'une traite produit le même effet lorsque, passée à l'ordre du commissionnaire, celui-ci l'endosse personnellement en faveur d'un tiers. Le cessionnaire et tous les porteurs en mains desquels cette lettre pourra successivement arriver ont le commissionnaire pour débiteur direct et solidaire et peuvent le contraindre à les rembourser, sans être tenus de poursuivre le commettant.

[1] *Sup.*, n° 17.

Que si le commissionnaire n'a endossé l'effet qu'en qualité de mandataire du propriétaire, ou si, celui-ci l'ayant endossé en blanc, il se borne à le remettre en cet état au preneur, il ne contracte aucun engagement, aucune obligation envers qui que ce soit. L'absence de sa signature sur le titre ou l'indication formelle de sa qualité de mandataire ne pourrait laisser le moindre doute à ce sujet.

Il n'est donc pas devenu débiteur, mais s'il n'a pas garanti la dette, il a garanti la sincérité de la signature et l'existence de son commettant. Il reste donc responsable de l'une et de l'autre en faveur du porteur et des endosseurs.

106. — Le commissionnaire qui tire d'ordre et pour compte de son commettant n'agit en réalité que comme mandataire. Il semble donc qu'il devrait rester pur de tout engagement personnel. C'est ce qu'on admettait sous l'empire de l'ordonnance de 1673, lorsque le tireur pour compte avait indiqué en toutes lettres le donneur d'ordre. On ne le considérait alors que comme obligé de garantir l'existence de son mandant. Mais s'il n'avait désigné le donneur d'ordre que par ses initiales, et telle était la pratique à peu près constante, on le déclarait personnellement obligé envers le porteur et les endosseurs.[1]

L'article 115 du Code de commerce non-seulement consacra cette obligation dans tous les cas, mais parut lui imprimer une plus grande extension. On pouvait con-

[1] Savary, *Parfait Nég.*, *Parère* 45.

clure de ses termes que le tireur pour compte garantissait même le tiré qui aurait accepté ou payé sans avoir provision. Une proposition de déclarer le contraire, soumise en 1811 au conseil d'Etat, ne fut pas accueillie.

La controverse que ces circonstances autorisaient, les arrêts contradictoires qui s'en étaient ensuivis appelèrent l'attention du législateur. La loi du 19 mars 1817 a enlevé tout aliment à la controverse et rendu toute contradiction impossible. Le tireur pour compte est déclaré responsable et obligé personnellement envers le porteur et les endosseurs seulement, il est donc à l'abri de tout recours de la part du tiré. Celui-ci n'ayant accepté ou payé qu'en considération du donneur d'ordre, n'a action que contre lui.

107. — Le commissionnaire accepteur, tireur ou endosseur, qui a remboursé le porteur, a son recours contre le commettant pour compte de qui il a pris une de ces qualités. Dans l'usage le plus ordinaire, il le débite dans le compte courant existant entre eux, comme il le crédite de ce qu'il reçoit soit du commettant lui-même, soit de tiers versant à sa décharge ou pour son compte. Cette opération a pour effet de suspendre l'exigibilité de la créance ou de la dette jusqu'au règlement du compte. Sa balance, établissant le solde créditeur ou débiteur, le rend exigible en faveur ou contre les parties.

108. — Le commissaire chargé d'acheter des valeurs commerciales et qui, contractant en son nom, ne les transmet à son commettant qu'après les avoir endossées en

sa faveur, répond-il du payement de ces valeurs à leur échéance ?

L'affirmative ne saurait souffrir ni difficulté, ni doute à l'égard des tiers auxquels le commettant les aurait postérieurement transmises. Ceux-ci sont des tiers porteurs de bonne foi, qui ont pour débiteurs solidaires tous les signataires du titre qu'ils ont en mains, et auxquels ont ne peut jamais opposer l'absence d'obligation sérieuse de l'un ou de plusieurs de ces signataires.

109. — Mais, en est-il de même du commettant, pourra-t-il prétendre qu'en endossant le titre en sa faveur, le commissionnaire lui en a garanti le payement?

L'affirmative a été consacrée par la Cour de Paris le 31 janvier 1812 ; l'arrêt décide que le commissionnaire qui, par un endossement au profit de son correspondant, lui transporte une traite en représentation de fonds qu'il a reçus pour lui, est garant du payement de cette traite, à moins d'une convention expresse que l'endossement est sans garantie.

Dans l'espèce, la maison Schumberger, de Paris, avait chargé Varanges, banquier à Gand, de recevoir pour elle 7,000 fr. avec ordre de lui retourner les fonds en remises sur Paris, et à défaut en argent, en deux fois, par les diligences, ses frais et droits de commission prélevés.

La somme reçue, le banquier de Gand la verse à la maison Pape, qui lui fournit une remise sur MM. Parthon et fils, de Paris. Varanges endosse cette remise en faveur de son commettant, à qui il la transmet pour en recevoir payement.

Ce payement n'ayant pas eu lieu à l'échéance, la maison de Paris actionne le banquier de Gand, et lui demande le remboursement de la traite, en force de son endossement.

Cette demande est repoussée par le tribunal de commerce de Paris. Mais, sur l'appel, décision contraire qui s'étaye des motifs suivants :

« Attendu qu'aux termes de l'article 140 du Code de commerce, tous signataires ou endosseurs d'une lettre de change sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur; que par sa lettre Schumberger n'a pas autorisé Varanges à lui faire passer en papiers quelconques les 7,000 fr. valeur de l'effet à recouvrer, mais qu'au contraire il écrivait en ces termes : Après payement obtenu, vous nous ferez remises sur Paris, ou, à défaut, par la diligence, en deux fois, en écus, tous vos frais de commission distraits; qu'un semblable mandat, loin de faire exception à la garantie qui résulte de l'endossement d'une lettre de change, suppose nécessairement cette garantie, puisque Varanges ne pouvait faire cette remise que par un papier tiré ou endossé par lui, et dont le payement était garanti par sa responsabilité personnelle.

« Attendu que Varanges pouvait s'affranchir de toute garantie, en envoyant la somme par la diligence, en deux fois, comme le mandat lui en laissait le choix, que ne l'ayant pas fait, il s'est soumis à la garantie. »

110. — A notre avis, cette solution fait violence au droit et au fait, et ne saurait par conséquent se justifier.

L'article 140 du Code de commerce ne prévoit que le

cas le plus ordinaire. Celui qui ayant reçu des fonds qu'il a pu appliquer à ses propres affaires, celui qui ayant avancé ces fonds en a été remboursé par la cession du titre, celui enfin qui a ou est présumé avoir en mains la provision pour payer une lettre de change en garantit naturellement le payement. L'article 140 ne pouvait avoir pour objet de créer une obligation qui résultait des principes du droit commun ; ce qu'il a réellement fait, c'est de rendre cette obligation solidaire, ce que le droit commun n'établissait pas.

Sans doute, pour le tiers porteur, auquel le commettant aurait transmis l'effet endossé par le commissionnaire, l'application de l'article 140 ne serait pas douteuse. Nous venons de le dire, le commissionnaire serait tenu de payer, mais il aurait le droit de se faire rembourser par le commettant. Or, ce droit indique déjà que de celui-ci au commissionnaire il ne peut s'agir de l'application des principes régissant les lettres de change.

L'endossement que celui-ci donne pour se conformer à l'ordre qu'il a reçu ne lui profite en rien, en ce sens que les fonds du montant de la lettre ou du billet ne lui appartiennent point, qu'il ne les touche même pas, ou que, s'il les reçoit, ce n'est que pour les employer aux affaires du commettant. Donc, au lieu de devenir son débiteur à un titre quelconque par l'endossement, la vérité est que l'unique résultat de celui-ci est de le constituer créancier éventuel. Donc, si le commettant a payé, il a éteint sa propre dette, et comprendrait-on qu'il pût demander une garantie à celui que, dans le cas contraire, il serait tenu de garantir ?

Pourrait-il en être autrement parce que, au lieu du mandat de négocier une valeur, le commissionnaire a été chargé d'en recevoir le montant avec charge de le transmettre au propriétaire? Est-il vrai d'abord que le retour dans ce cas ne puisse se réaliser que par du papier tiré ou endossé par le commissionnaire? Évidemment non, puisqu'il est toujours loisible à celui-ci de prendre la remise au nom direct du commettant, et de la lui transmettre purement et simplement.

Dans tous les cas, l'endossement, dans notre hypothèse, ne produit aucun de ses effets ordinaires. Le commissionnaire, loin de toucher le montant de l'effet et de l'appliquer à ses affaires, l'a remis à celui qui lui a fourni la traite, son rôle est parfaitement dessiné, il n'a été qu'un intermédiaire chargé de recevoir de l'un, de remettre à l'autre, il n'a été qu'un instrument passif. Comment donc concevoir qu'il ait pu engager sa responsabilité personnelle dans une opération que la loi elle-même considère comme le fait unique du mandant : *Quis mandat ipse fecisse videtur*.

Donc le commissionnaire, n'ayant fait qu'accomplir le mandat qu'il a reçu, ne peut jamais être obligé qu'en sa qualité de mandataire et à raison des fautes qui lui seraient reprochables dans l'exécution. Dans notre hypothèse, il ne serait responsable que s'il avait remis les fonds à un tireur notoirement insolvable, ou que si, chargé de transmettre les fonds en nature, il avait envoyé des valeurs.

Or, dans l'espèce, il n'était pas même allégué que la maison qui avait fourni la remise ne fût pas en plein crédit au moment de la négociation.

D'autre part, le mandat était formel, il ne laissait pas même le choix au mandataire, puisque l'envoi en espèces n'était prescrit qu'à défaut de remises sur Paris, et que la possibilité de se procurer celles-ci excluait le recours à l'autre mode. Eût-il été purement alternatif, le commissionnaire pouvait agir à volonté et adopter le moyen qu'il jugerait devoir prendre.

Dans tous les cas, il n'avait fait que remplir le mandat. Il ne pouvait donc répondre personnellement d'une opération qui ne concernait en rien sa propre individualité.

111. — Le commissionnaire aux assurances maritimes est dans une position spéciale. Comme tout mandataire commercial, il peut agir en son nom, mais il doit déclarer, si non le nom de celui pour qui il agit, au moins sa qualité de commissionnaire. L'article 332 du Code de commerce le prescrit expressément.

L'observation de ce devoir est bien plutôt dans l'intérêt du commissionnaire que dans celui des assureurs. L'omission de l'indication de la qualité ferait présumer que l'assuré a agi en son nom personnel et comme propriétaire des effets assurés. Or, comme en fait, n'ayant rien chargé personnellement, il serait dans l'impossibilité, en cas de sinistre, de justifier du chargement et de la perte, l'assureur ne manquerait pas de provoquer et d'obtenir la nullité de l'assurance. Le commettant, ainsi privé de tout recours contre les assureurs, lui demanderait infailliblement compte de l'inexécution de l'ordre, et le ferait condamner à l'indemniser du préjudice.

Il est donc du plus haut intérêt pour le commission-

naire de se conformer exactement à cette disposition de l'article 332. Il y obéit par la déclaration qu'il assure pour compte d'ami, ou pour compte des intéressés, pour compte de la personne désignée au connaissement, enfin pour compte de qui il appartiendra.

Les assureurs, fondés en cas de sinistre à se faire communiquer la lettre d'ordre, connaîtront infailliblement le commettant pour compte de qui l'assurance a été contractée. On ne saurait d'ailleurs leur en taire le nom, qu'ils ont le plus grand intérêt à connaître. En effet, quelle que fût la bonne foi du commissionnaire, la police n'en serait pas moins annulée si on avait à reprocher au commettant une des réticences frauduleuses prévues par l'article 348, une fausse déclaration ou la connaissance de la perte au moment où il donnait l'ordre d'assurer.

Cette règle ne reçoit exception que si le commissionnaire a assuré sans ordre spécial et en vertu d'un pouvoir général, et à l'insu du propriétaire. Dans cette hypothèse, disait Pothier, il n'y a aucun dol ni de la part du commissionnaire, ni de la part du commettant. Peu importerait qu'au moment du contrat ce dernier connût l'événement, le défaut absolu de toute participation de sa part à l'assurance rendrait cette circonstance indifférente. La bonne foi et l'ignorance du commissionnaire rendraient l'opération inattaquable.

La position du commissionnaire à l'égard de l'assureur est celle qu'il aurait s'il avait traité pour son propre compte ; il reste pour ce dernier le seul et véritable assuré. En conséquence, il est personnellement tenu du payement de la prime, alors même qu'il aurait expressé-

ment indiqué et nommé la personne pour le compte de laquelle il agit.

C'est contre lui que peut être dirigée l'action en nullité de la police.[1]

112. — Les réticences ou fausses déclarations dont il se rendrait coupable, la connaissance qu'il aurait de l'événement au moment où il fait assurer annuleraient l'assurance, quelle que fût d'ailleurs la bonne foi du commettant. Celui-ci est donc responsable du dol et de la fraude de son commissionnaire, mais cette responsabilité se réduit aux effets civils du contrat. Ainsi si, l'assurance ayant été faite après et malgré la connaissance de la perte, le commissionnaire avait encouru la double prime, le commettant ne serait pas tenu de l'en indemniser, pas plus qu'il ne pourrait être l'objet de la poursuite criminelle dont cet acte serait l'occasion. Que le commettant ne puisse s'enrichir par le dol de son commissionnaire, on le comprend, mais sa bonne foi doit le mettre à l'abri de la peine que ce dol peut entraîner contre son auteur.

Mais le dol, qui ne peut enrichir le commettant, ne saurait non plus l'appauvrir, d'où la conséquence que le commissionnaire qui motive par sa faute l'annulation de l'assurance est responsable et tenu du préjudice que cette annulation occasionne. Dans l'appréciation de cette responsabilité, les juges doivent tenir compte de la nature de la réticence, ou de le fausse déclaration. Si la communication de la circonstance celée ou une déclaration exacte

[1] Aix, 17 juillet 1829.

devait rendre l'assurance impossible, son annulation ne fait que remettre les choses et les parties dans l'état où elles se seraient trouvées, et n'a en réalité causé aucun préjudice à réparer; que si, sans rendre l'assurance impossible, le fait caché ou dissimulé aurait élevé le taux de la prime, il serait juste de prélever cette élévation que les juges fixeraient sur l'indemnité que le commissionnaire aurait à payer.

Le principe de la responsabilité du commissionnaire, motivant par son fait l'annulation de l'assurance, a été consacré par la Cour d'Aix. Elle déclarait, le 18 février 1837, que le commissionnaire qui, instruit par la lettre d'ordre que le chargement dont l'assurance lui est commise a été pris dans un autre port que celui qu'il désigne aux assureurs comme lieu de départ du navire, ne leur déclare pas cette circonstance au moment du contrat et donne lieu à l'annulation de l'assurance, commet une faute dont il est responsable envers son commettant.[1]

113. — Le commissionnaire qui a payé la prime aux assureurs doit en être remboursé par le commettant, en cas d'heureuse arrivée comme dans celui de sinistre. Ce remboursement serait-il dû si l'assurance avait été faite malgré la défense formelle de ce dernier.

Cette question ne peut se résoudre que par les principes que nous avons rappelés à l'occasion de la substitution prohibée. Le commissionnaire qui fait assurer contre le gré du commettant viole son mandat, ou plutôt

[1] *J. de Marseille*, t. 16, 1re partie, p. 102.

agit sans mandat aucun. Il n'est pas même légalement *negotiorum gestor*; le fût-il, celui dont l'affaire a été gérée n'est tenu de ratifier que si la gestion a été avantageuse pour lui.

Or, dans notre question, l'avantage est tout entier dans l'événement. Si l'objet assuré contre la prohibition arrive à bon port, la prime de l'assurance n'est qu'une perte, le commettant ne pourrait être contraint à la rembourser s'il refusait de le faire.

Dans le cas contraire, le commettant qui obtiendrait des assureurs le montant de l'avarie ou de la perte ne saurait refuser de payer la prime. La poursuite de cette indemnité est la ratification expresse de l'acte du commissionnaire, et cette ratification, constituant le mandat, entraîne la nécessité de désintéresser le mandataire de tout ce que lui a coûté l'exécution de celui-ci.[1]

114. — L'exécution fidèle et irréprochable de l'ordre crée des droits en faveur du commissionnaire, impose des obligations au commettant. Comme de l'un à l'autre l'opération est un contrat de mandat, il suit que ces droits et obligations, sauf les modifications qui peuvent résulter du caractère commercial, sont régis par les principes du droit commun en matière du mandat.

Les droits du commissionnaire, à qui aucune faute n'est imputable, consistent :

1° A être remboursé des avances et frais exposés à l'occasion et pour l'exécution du mandat. Ce rembourse-

[1] *Inf.*, n[os] 15 et suiv.

ment est dû alors même que l'opération n'aurait pu être accomplie, ou que son achèvement, loin de procurer un bénéfice, n'aurait donné qu'une perte. *Etiam si*, disait la loi romaine, *negotio finem adhibere non poterit, et si effectum non habuit negotium*. C'est cette doctrine que l'article 1999 du Code Napoléon consacre expressément.

Les avances et frais à rembourser comprennent tout ce qui a été déboursé pour ou en vue de l'exécution du mandat, c'est-à-dire les anticipations consenties sur la marchandise à vendre, le montant du nolis ou de la lettre de voiture, les frais de déchargement et de mise en magasin, les droits de douane et d'octroi, les frais pour réparer et bonifier la marchandise avariée, ceux de conservation et d'entretien, de magasinage, enfin la prime et les frais d'assurance.

115. — Pour ce qui concerne ces derniers, nous venons de dire que le commissionnaire qui a fait assurer contre la défense qui lui en était faite ne pouvait se les faire rembourser en cas d'heureux voyage. Qu'en serait-il si, l'assurance ne lui ayant pas été interdite, il l'a réalisée sans en avoir reçu l'ordre?

En droit pur on devrait décider, dans cette hypothèse, de la même manière que dans celle de la prohibition. Quelque prudent et sage que soit l'acte qui, moyennant un léger sacrifice, assure la conservation de marchandises exposées aux périls de la navigation, nul ne peut être contraint à l'accomplir. Celui qui ne l'a pas ordonné est présumé ne pas l'avoir voulu, on ne pourrait donc lui en imposer les conséquences que si, l'ayant

connu, il l'a expressément ou tacitement ratifié et approuvé.

116. — L'évident avantage de la mesure ferait facilement admettre l'existence de la ratification ; on l'induirait de la nature des relations, des précédents conformes acceptés sans réclamation, du silence gardé sur l'avis donné par le commissionnaire. Voici un exemple emprunté à Emérigon.

Un négociant de Palerme consigne à un négociant de Marseille des marchandises à vendre ; le navire tardant à paraître, le commissionnaire, quoique sans ordre, fait assurer, puis il en écrit au commettant qui ne répond pas.

Après l'heureuse arrivée, ce dernier soutient que la prime n'est pas à sa charge, son ordre ayant été excédé. Cette prétention est repoussée et devait l'être, dit Emérigon, elle n'était ni honnête ni légitime. Le commettant devait, dès le principe, désavouer le commissionnaire qui, par un advenant, aurait pu faire résilier la police. Son silence en cette occasion devait être considéré comme une adhésion tacite à l'agissement qu'on lui faisait connaître.[1]

117. — Le droit du commissionnaire à être remboursé du montant de la prime et des frais de l'assurance, même lorsqu'il a agi en vertu de l'ordre qu'il avait reçu, ne s'étend jamais à l'excédant de prime auquel il

[1] Chap. 5, sect. 6.

a donné lieu par sa faute, il est même tenu personnellement, dans ce cas, de supporter les frais auxquels cette faute a donné lieu et d'en rembourser le commettant, si celui-ci y a pourvu.

Ainsi la Cour d'Aix déclarait, le 7 décembre 1831, que lorsque, faute par le commissionnaire d'avoir transmis au correspondant qu'il charge de l'assurance l'ordre entier de son commettant, des assurances ont été faites à un prix tellement élevé que celui-ci a dû les faire ristourner, les frais occasionnés par la ristourne devaient être supportés par le commissionnaire.

118. — Le commissionnaire se rend non-recevable à réclamer du commettant le remboursement de ce qui lui est dû, si, négligeant de se faire payer par la personne indiquée comme devant y pourvoir, il a par cette négligence exposé le commettant à perdre ce qu'il avait chez cette personne. La Cour de Pau l'ayant ainsi jugé, son arrêt fut déféré à la Cour suprême, mais le pourvoi fut rejeté. « Attendu qu'il a été reconnu, en fait, qu'il y avait eu dans l'espèce faute imputable au mandataire, et telle qu'elle avait coûté au mandant le montant des frais réclamé par le mandataire ; qu'en cette circonstance, en déclarant que le mandataire n'avait pas droit de répéter contre le mandant les frais par lui faits pour l'exécution du mandat, l'arrêt attaqué a fait une juste application de l'article 1999 du Code Napoléon.[1] »

Cet arrêt est remarquable par l'interprétation qu'il fait

[1] 15 mars 1821.

de l'article 1999. La faute privant le mandataire du droit d'exiger le remboursement de ses avances et frais n'est pas seulement celle qui serait commise dans l'exécution directe du mandat. Le mandataire est tenu, même pour le mode de payement de ce qui lui est dû, de se conformer aux instructions qu'il a reçues. Sa négligence à les suivre, si elle a été préjudiciable au mandant, le dispense de l'obligation de rembourser ce qui lui est réclamé à titre d'avances et de frais d'exécution.

Le remboursement des avances et frais, lorsqu'il est dû, comprend non-seulement les sommes déboursées en capital, mais encore l'intérêt. Cet intérêt court du jour de l'avance, il est de six pour cent, taux légal du commerce, à moins de stipulation contraire.

119. — 2° A être indemnisé des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion. C'est là la conséquence du principe dès longtemps proclamé par la raison écrite : *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere opportet, sicuti nec damnum pati debet.*[1]

Le mandataire ne doit donc, sauf le salaire qui lui est dû en commerce, ni s'enrichir ni s'appauvrir dans l'exécution du mandat. De là la nécessité de l'indemniser des pertes qu'il aurait personnellement essuyées dans cette exécution.

120. — Mais quelles doivent être ces pertes, à quelles conditions devra-t-on les ranger dans la catégorie des

[1] L. 20, Dig. *Mandati.*

pertes dont le mandataire doit être indemnisé. Voilà la difficulté réelle, sérieuse, que la disposition a toujours soulevée.

Les jurisconsultes romains, au milieu de beaucoup d'hésitations, semblaient tout réduire à cette règle, qu'une indemnité n'est due que lorsque le mandataire est fondé à dire que, sans le mandat, il n'eût pas éprouvé la perte dont il demande réparation : *Justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se in damnum passurum si mandatum non suscepisset.*

Mais c'était là déplacer la question et non la résoudre. Dans quels cas, en effet, devait-on accepter comme fondée l'allégation du mandataire? Dans un voyage fait pour l'exécution du mandat, il fait naufrage, il est arrêté et dépouillé par des voleurs, ou bien il tombe malade, et, pendant le temps qu'il consacre à se guérir, ses propres affaires périclitent et lui font subir des pertes, devra-t-il être indemnisé?

Non, disait Paul, car *hoc magis casibus quam mandato imputari debent.*[1] Mais alors dans quels cas était due l'indemnité?

Au reste, la réponse de Paul, qui pouvait être juridique en droit romain, ne le serait peut-être plus sous l'empire du Code. Le premier n'indemnisait que de la perte provenant *ex mandato*. Le Code prescrit cette indemnité pour les pertes éprouvées à l'occasion du mandat. Le mandataire ne serait-il pas, dès-lors, fondé à dire aujourd'hui : Si je n'avais pas été obligé d'entreprendre

[1] L. 26, § 6, *ibid.*

le voyage je n'aurais certainement pas fait naufrage, je n'aurais pas été arrêté et dépouillé par des voleurs, je ne serais pas tombé malade. Donc, ces événements sont la suite de l'exécution du mandat, et les pertes que j'en éprouve sont réellement nées à son occasion.

121. — Au demeurant, la difficulté est sérieuse et grave, et il serait impossible de lui tracer une règle précise et uniforme. Domat avait raison; tout dépend de la qualité de l'ordre qu'il faut exécuter, du péril s'il y en a; de la nature de l'événement qui a causé la perte, de sa liaison avec l'ordre qu'on a exécuté; du rapport de l'affaire ou du dommage souffert à l'affaire qui en a été l'occasion; de la qualité de la personne et de celle de la perte; de la nature et de la valeur de la chose perdue; des causes de l'engagement entre celui qui a donné l'ordre et celui qui l'exécute; enfin des autres circonstances pouvant charger l'un de la perte et en décharger l'autre.[1]

Voilà, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, une règle des plus complexes. C'est cependant la seule qu'il nous soit possible de proposer. Encore une fois, tout dépend des circonstances.[2]

En d'autres termes, la solution de la question est souverainement laissée à la conscience et aux lumières du juge. Son appréciation pourrait bien être erronée, mais elle ne saurait, dans aucun cas, constituer une violation de la loi.

[1] Liv. 1er, tit. 5, sect. 2.
[2] T. 2, n° 318.

122. — 3° A être indemnisé ou garanti des engagements personnels qu'il a contractés.

C'est là une autre conséquence du principe que nous rappelions tout à l'heure. Pour que le mandataire ne soit pas appauvri par le mandat, il faut qu'il soit indemne non-seulement des déboursés faits dans le passé, mais encore de ceux auxquels il serait obligé de faire face à l'avenir. L'indemnité qui lui est due, disait Pothier, ne consiste pas seulement dans la restitution de ce qu'il a payé, il faut qu'elle soit entière ; qu'il soit déchargé des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat. Le mandant est donc obligé, *obligatione contraria mandati*, de lui procurer cette décharge.[1]

Dans le mandat ordinaire, l'obligation personnelle du mandataire sera une exception rare, puisqu'agissant au nom du mandant, c'est ce dernier seul qui se trouve engagé, et que le mandataire ne répond de ce qu'il a fait au-delà du mandat, que s'il n'a pas donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs

On ne peut donc supposer cette obligation personnelle que si, pour amener l'affaire à bonne fin, il a dû garantir en son nom les engagements qu'il prend pour le mandant. Dans ce cas, il doit être indemnisé des conséquences de cette garantie, et obtenir toutes sûretés pour l'avenir si, au moment de la liquidation du mandat, l'engagement n'est pas encore exigible.

Tout cela peut se rencontrer en mandat commercial, puisque le commissionnaire peut agir au nom du com-

[1] *Du Mandat*, n° 80.

mettant ; on peut même prévoir que ce cas se réalisant, l'hypothèse d'un cautionnement personnel sera plus fréquente encore. Le commissionnaire aurait, dès-lors, le même droit, quant à la décharge des effets de ce cautionnement, que le mandataire civil.

Si le commissionnaire a agi en son nom propre et personnel, il est seul débiteur envers les tiers, mais, de lui au commettant, son obligation n'a pas changé de caractère, elle n'est, à vrai dire, qu'un cautionnement réalisé sous la forme d'une obligation principale; son droit à en être indemnisé ne saurait être ni méconnu, ni contesté, il pourra donc contraindre son commettant soit à prendre livraison des effets achetés, soit à livrer les marchandises vendues en quantité et aux époques convenues.

123. — Le commissionnaire à l'achat n'est libéré envers le vendeur que par le payement effectif. Son intérêt à ce que le commettant réalise ce payement est donc incontestable. Mais ce payement peut avoir été fixé à 30, à 60, à 90 jours, et ce délai profite essentiellement au débiteur réel, c'est-à-dire au commettant. Il peut donc se faire, si la chose achetée a été remise aux mains de celui-ci, que le commissionnaire soit obligé de payer le vendeur sans espoir d'en être remboursé, parce que, dans l'intervalle, le commettant en pleine déconfiture sera devenu insolvable.

Pourra-t-il, dans la crainte de ce résultat et pour en prévenir les effets, soit retenir la marchandise jusqu'au payement, soit exiger une caution pour garantir ce payement à l'échéance ?

Il est évident qu'aucune difficulté ne saurait surgir si, par un accord entre le vendeur et le commettant, celui-ci est accepté comme seul débiteur. La novation qui en résulterait libèrerait de plein droit le commissionnaire. Cet accord pourrait résulter de l'acceptation par le vendeur de valeurs données par le commettant en payement du prix, ou d'obligations par lui souscrites en règlement. Le commissionnaire, n'ayant plus aucun intérêt, serait non-recevable à demander quoi que ce fût.

Son droit à exiger une caution, dans le cas où le vendeur refuserait de le décharger, était admis par le président Faber. *In hoc casu,* disait l'illustre magistrat, *manebo quidem obligatus, sed cavere tibi debebo de te defendendo; dabitur ergo mandati actio contra me ad interponendam cautionem, quod et in aliis bonæ fidei judiciis frequentissimum est.*[1]

Cette doctrine peut être fort juridique à l'endroit du mandat civil, mais on ne saurait lui reconnaître ce caractère dans la matière commerciale, d'une manière absolue surtout. Aussi, ne l'admettrions-nous que sous *bénéfice d'inventaire,* et croyons-nous qu'on doit subordonner la solution de la difficulté à la convention des parties d'abord.

En effet, si l'exécution de l'ordre entre le commettant et le commissionnaire a été réglée par eux, si le payement immédiat ou le cautionnement préalable à la mise en possession du premier est conventionnellement arrêté,

[1] *Ad leg.*, 45, § 5, Dig. *Mandati.*

on ne saurait refuser au pacte sa pleine et entière exécution.

A défaut de conventions, on devrait recourir à l'intention présumée et probable des parties, et cette intention sera nettement indiquée par la nature de l'opération, la destination que devait recevoir la chose achetée ; enfin, par la position du commettant.

Par exemple, prévoyant une hausse sur un article déterminé, je vous intime de mon intention de spéculer sur cet article et vous commets d'en acheter une certaine quantité. Comme j'entends solder l'achat avec le prix de la vente, je vous prescris de contracter à terme, il est évident que si, avant ce terme, je vous demande de me livrer la marchandise, vous serez fondé à me demander ou le payement immédiat, ou une caution pour vous garantir des engagements que vous avez contractés envers le vendeur. Vous avez pu et dû croire à mon intention de vous confier la double opération d'achat et de vente, et vous avez pu ne vous décider à répondre pour moi qu'en vue de la possession en vos mains de la chose achetée qui devenait votre gage. Il n'est donc pas juste qu'en vous la retirant, je vous impose après coup une chance à laquelle vous auriez, dès l'origine, refusé de vous soumettre.

Supposez maintenant qu'au lieu d'un spéculateur, ce soit un consommateur qui ait invoqué votre ministère, un fabricant vous a chargé d'acheter pour lui les matières premières qu'il exploite. Avez-vous pu sérieusement croire que la chose devait rester en vos mains jusqu'à l'expiration du terme qui n'a eu, peut-être, d'autre objet

que la faculté de solder le prix d'achat avec le produit de la fabrication de cette même chose.

Donc, lorsqu'en l'absence forcée de cette conviction, vous avez accepté la mission d'acheter à terme pour son compte, c'est que vous avez consenti à suivre sa foi, que vous avez voulu lui ouvrir un crédit en lui faisant obtenir, sous votre responsabilité, le délai dont il avait besoin, vous devez donc exécuter le contrat dans ces conditions. Il serait inique de prétendre le priver ainsi du bénéfice du terme et, par l'imprévu de cette exigence, l'exposer à interrompre sa fabrication, en attendant de rencontrer chez un autre la confiance que vous lui aviez promise et que vous lui retirez.

Il aurait donc le droit de contraindre la remise de la marchandise, sans être tenu ni de payer comptant, ni de donner caution. Vous ne seriez recevable à exiger l'un ou l'autre que si, depuis l'ordre, sa position avait tellement changé qu'il y eût danger imminent et certain à négliger cette précaution.

124. — 4° A être payé du droit de commission. L'industrie du commissionnaire étant un véritable commerce, celui qui l'exerce doit, comme tout autre commerçant, y trouver la rémunération du travail auquel il se livre, des dépenses que lui occasionne son établissement. Cette rémunération, c'est le droit de commission.

Le mandat civil peut être un acte d'obligeance, une conséquence des relations d'amitié existant entre le mandant et le mandataire. On pouvait donc en proclamer la gratuité en principe.

Cette gratuité devait disparaître dès que l'exercice du mandat n'était plus un fait accidentel, mais devenait une profession publique dont tous amis ou indifférents pouvaient invoquer le concours; un salaire en récompense des peines et soins consacrés au service d'autrui, de la responsabilité dont on se chargeait, était une juste, une légitime nécessité, qui ne pouvait exciter aucune réclamation, car indépendamment de la facilité dans l'expédition de leurs affaires, du secours que leur donne le crédit du commissionnaire, ceux qui devaient le payer y trouvaient une notable économie sur les frais qu'ils auraient dû supporter s'ils avaient été obligés de faire personnellement l'affaire qu'ils commettent.

La commission a donc toujours été et est encore de plein droit salariée. Le droit varie dans sa quotité, suivant les obligations que contracte celui qui le perçoit.

125. — La simple commission laisse à la charge exclusive du commettant la solvabilité des tiers qui ont traité avec le commissionnaire. Une fois payé, celui-ci n'a plus à se préoccuper de l'exécution que reçoit l'opération dont il a préparé et amené la conclusion; que l'acheteur paye ou ne paye pas, c'est l'affaire unique du commettant.

Le commerce devait désirer autre chose, il lui importait en effet de trouver chez celui qui est chargé de négocier l'affaire une garantie de son heureuse issue et de faire ainsi de la commission un contrat de mandat mélangé d'assurance, ce qui, à côté de la certitude matérielle du recouvrement de la créance, en donnait la certitude morale. Le commissionnaire, garantissant ce re-

crouvement, avait le plus haut intérêt à ne traiter qu'avec des personnes d'une solvabilité assurée.

Mais à cette seconde et nouvelle obligation il fallait une rétribution spéciale. Le commissionnaire ne pouvait braver le péril qu'en considération du profit que la chance favorable lui offre. Tel est le but, telle est l'origine de la commission, que les Italiens avaient qualifiée *del credere* et qui a conservé ce nom.

126. — Il y a donc deux espèce de commission, la commission simple, celle de *dû croire*; la première est la récompense du travail, l'indemnité des peines et soins que le commissionnaire a consacrés à l'opération, elle est acquise dès que l'affaire est conclue; elle est due alors même que l'opération ne réussirait pas au gré du commettant, que par un accord ultérieur des intéressés elle serait résiliée et abandonnée.

Le commissionnaire, en effet, ne garantit pas, ne peut pas garantir les événements de nature à influer sur l'exécution, il est chargé d'exécuter et non de prévoir. Ce dernier soin est exclusivement l'affaire du commettant, qui a dû, avant d'agir, calculer les chances et les conséquences de l'ordre qu'il donnait.

S'il s'est trompé dans ses prévisions, s'il s'est témérairement ou légèrement engagé, le commissionnaire n'en aura pas moins conclu l'affaire, accompli sa mission. Il doit donc recevoir le salaire de son travail quoi qu'il arrive, dans le cas où le commettant serait victime d'une insolvabilité survenue depuis le contrat, comme dans celui où

ce contrat aurait dû être résilié même avec dommages-intérêts.

127. — Quelle est par rapport au droit de commission la position du commissionnaire empêché de donner suite à l'affaire qui lui était confiée?

Nul doute si l'empêchement provient de son fait. Il n'a aucune commission à réclamer, son droit à ce sujet n'est acquis que par la conclusion de l'affaire. Donc, si avant cette conclusion il renonce à la traiter, il n'a rien à réclamer, il serait au contraire lui-même tenu à indemniser le commettant, si sa renonciation n'était pas la conséquence d'une force majeure.

128. — L'empêchement sera le fait du commettant, dans l'hypothèse d'un contre-ordre ou de la révocation pure et simple du mandat.

L'effet du contre-ordre se règle par l'époque à laquelle il se réalise. J'ai, conformément à vos ordres, acheté une partie de marchandises et affrété le navire qui doit les transporter à la destination que vous leur aviez affectée, mais, convaincu par les circonstances que votre expédition serait ruineuse, vous y renoncez et vous m'ordonnez de revendre les marchandises et de résilier la charte partie.

Le contre-ordre arrivant après l'exécution ne saurait ni anéantir, ni modifier les droits que cette exécution avait acquis au commissionnaire. Non-seulement vous devrez lui payer sa commission entière, mais encore une seconde pour la revente et la résiliation que vous ordon-

nez. Ce sont là des opérations nouvelles, distinctes des précédentes, et que le commissionnaire n'est pas tenu d'accomplir gratuitement.

Le principe n'a jamais été ni méconnu, ni contesté, l'usage n'a fait que le modifier. Toutes les fois que le mandat prescrit deux opérations successives, par exemple la vente d'une chose et l'achat d'une autre avec le produit de la vente, le commissionnaire perçoit le droit entier sur la vente, le demi-droit sur l'achat. C'est ce demi-droit qui dans notre hypothèse lui serait dû pour la revente et la résiliation de la charte partie. On devait d'autant mieux considérer le mandat comme successif, qu'en fait il a eu réellement ce caractère.

129. — Évidemment, si dans la même hypothèse le contre-ordre était arrivé avant l'achat des marchandises et l'affrétement du navire, aucune commission n'aurait pu être réclamée. En sera-t-il de même dans l'hypothèse d'un ordre de vente : je vous ai expédié des marchandises que je vous charge de vendre, avant que vous ayez exécuté l'ordre je le retracte ; évidemment, je serai obligé de vous rembourser de vos avances, mais vous devrai-je de plus un droit de commission ?

La raison de douter se puise dans cette règle que la commission n'est acquise que si l'affaire est conclue. A défaut, quels qu'aient été les peines et soins pris pour amener cette conclusion, il n'est dû aucune rétribution.

Mais autre chose est l'insuccès purement accidentel, autre chose celui qui résulte d'un contre-ordre émanant de la volonté unique du commettant, et sans lequel l'af-

faire eût été amenée à bonne fin. Le commissionnaire court évidemment la chance du premier, qui constitue une véritable force majeure, mais a-t-il pu et dû prévoir le second? Quelle justice y aurait-il à lui arracher, au gré du commettant, le fruit de la peine qu'il s'est donnée jusque-là pour amener l'exécution de l'ordre.

Dans tous les cas, dit M. Emile Vincent, il est dû un droit, si non pour la vente, du moins pour les soins donnés à la marchandise, à sa réception, à sa garde, à sa livraison. D'ailleurs, celui qui a consenti à faire des avances, qui, quelquefois, a emprunté lui-même pour prêter, n'a agi que sur l'espoir du profit de la commission et ne doit pas en être privé. On stipule fréquemment à l'avance que dans cette hypothèse le droit entier sera payé. En certains pays, l'usage est de se contenter d'un demi-droit pour vente tentée.[1]

Les considérations qui militent en faveur du commissionnaire sont tellement équitables, que le commerce les a spontanément consacrées. C'est ce qu'atteste l'usage indiqué par nos auteurs.

En résumé, la commission entière est due si le contre-ordre n'est donné qu'après l'exécution; elle est remplacée par une indemnité lorsque le contre-ordre précédant cette exécution, le mandat par sa nature a donné lieu à des avances, à des frais, à des soins spéciaux.

130. — Si le contre-ordre arrive avant exécution totale, mais après une exécution partielle, on doit distin-

[1] T. 2, p. 133. *Conf.* MM. Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n° 291.

guer : si le mandat était susceptible de division et pouvai être partiellement exécuté, la commission entière est due pour tout ce qui a été fait, indépendamment de l'indemnité qui peut être due pour ce qui restait à faire.

Si le mandat ne comportait aucune exécution partielle, ce qui est fait se confond avec ce qui reste à faire, et le commissionnaire est indemnisé pour l'ensemble. C'est ce que la Cour de Bordeaux décidait, le 19 juillet 1831, en faveur d'un courtier à qui on retirait l'ordre d'affréter un navire, et qui l'avait déjà affrété en partie.

131. — La révocation du mandat est pour le commettant, comme pour le mandant ordinaire, purement, absolument facultative. On ne saurait donc ni en contester, ni en empêcher l'exercice. Mais la révocation n'est en réalité qu'un contre-ordre, ses conséquences seraient donc réglées, suivant le cas, par les principes que nous venons d'exposer pour celui-ci.

132. — Le dol et la fraude faisant exception à tous les principes, il suit que la révocation, que le contre-ordre lui-même n'imposerait aucune obligation au commettant. En effet, devrais-je un salaire à celui dont je suis dans la nécessité de révoquer les pouvoirs ou d'interrompre la gestion soit parce qu'il trahit mes intérêts méchamment et à dessein, soit parce qu'il les compromet par son incapacité ou sa négligence : *Dolo malo versanti, dolose vel culpabiliter male gerenti, salarium non debetur quamlibet conventum, vel lege delatum.*[1]

[1] Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n° 289.

Une indemnité pour le commissionnaire coupable de dol ou de fraude, d'impéritie ou de négligence! Mais c'est au contraire lui qui doit cette indemnité, puisque, répondant de sa faute, même légère, il sera tenu d'indemniser le mandant du préjudice qu'il aurait à éprouver.

L'article 1999 du Code Napoléon, qui subordonne à l'absence de faute le remboursement des avances et frais, régit, *a fortiori*, le payement du salaire. Donc, même en l'absence de contre-ordre ou de révocation, et dans le cas par conséquent d'une exécution pleine et entière, le commissionnaire n'aurait aucune commission à réclamer, s'il était convaincu d'avoir mal agi dans l'exécution de l'ordre.

133. — Mais la faute peut n'avoir été que partielle, n'affecter qu'une partie de l'exécution ; qu'elle sera, dans ce cas, la position du commissionnaire, peut-il exiger une commission pour tout ce qui a été exécuté régulièrement et sans faute ?

MM. Delamarre et Lepoitvin subordonnent la solution à la nature et au caractère de l'ordre. S'il était susceptible d'une exécution partielle, la commission est due sur tout ce qui a été fait dans ses limites. Il n'est rien dû, s'i ne pouvait être divisé dans l'exécution, et si la faute, quoique partielle, influe cependant sur le tout.

Pour juger du mérite de cette distinction et de l'application dont elle est susceptible, il faut s'en référer aux hypothèses que posent ces savants jurisconsultes.

Premier cas. — Vous m'avez chargé d'acheter pour vous 300 balles de farine livrables en trois termes égaux,

de mois en mois, et par quantités égales ; j'exécute fidèlement pour les deux premiers termes, puis, sans aucun motif, je faillis au dernier, ou j'accepte une marchandise non conforme.

Deuxième cas. — J'ai acheté votre commande conformément à votre ordre, seulement je commets une faute dans l'exécution, soit en ne vous expédiant pas la marchandise au temps voulu, soit en expédiant par une voie autre que celle que vous m'avez imposée, ce qui entraîne la perte de cette marchandise.

Dans le premier cas, disent avec raison MM. Delamarre et Lepoitvin, la commission, quoiqu'il s'agît d'une affaire unique, était si bien divisible dans son exécution, que notre contrat l'avait divisée par époques et quantités. Si l'une des parties n'a pas été exécutée, ou l'a été mal, V. G., par un envoi *post diem*, les deux autres l'ont été convenablement. A moi seul sans doute de réparer le préjudice que pourra vous causer l'inexécution de la troisième, mais il serait injuste de me priver du salaire afférant aux deux précédentes, à l'occasion desquelles vous n'avez souffert aucun dommage. Ce salaire m'était acquis le jour des deux exécutions partielles, que l'inexécution de la troisième ne peut rétroactivement anéantir.

Dans le second cas, il y a deux mandats il est vrai, mais ayant pour objet une seule et même opération, et par suite tellement liés entre eux que, si l'un est mal exécuté, la bonne exécution de l'autre tourne nécessairement à préjudice. Qu'importe, en effet, qu'on ait bien acheté des marchandises, perdues ensuite par le défaut d'expédition ou par une mauvaise expédition ? Mieux au-

rait valu ne rien faire. En un mot, le mandat de cette espèce n'est jamais bien exécuté que s'il l'est également bien dans toutes ses parties. Faillir à l'une de ses prescriptions, c'est donc faillir à toutes ; par conséquent point de commission, et obligation pour le commissionnaire de réparer le préjudice.[1]

134. — La quotité de la commission est, comme sa concession, abandonnée souverainement au gré des parties. Quoique le mandat commercial soit de sa nature salarié, la loi n'a ni entendu ni pu entendre empêcher de le rendre gratuit. De même qu'on peut convenir d'un salaire dans le mandat civil, de même, et par les mêmes raisons, on peut exclure tout salaire du mandat commercial. Mais cette exclusion constituant une exception au droit commun de la matière, on ne pourrait en supposer facilement l'existence, on ne devrait l'admettre que si elle résultait clairement de la convention.

La gratuité du mandat commercial modifierait la responsabilité du commissionnaire ou suivrait dans ce cas la règle prescrite par l'article 1992 du Code Napoléon. L'intérêt de celui-ci à faire admettre cette gratuité est donc incontestable, et cet intérêt pourra faire surgir quelques difficultés sur le véritable caractère du mandat.

Par exemple, deux commerçants domiciliés dans une localité différente conviennent qu'ils feront les affaires l'un de l'autre sans droit de commission. Cette convention rend-elle le mandat gratuit ? On devrait se pronon-

[1] T. 2, n° 202.

cer pour la négative. Une convention de cette nature n'exclut pas le salaire, elle crée un mode spécial de règlement. Chaque partie profite en réalité de ce qu'elle aurait payé à l'autre, elle compense donc ce qu'elle devrait avec ce qui lui serait dû. Or, la compensation n'est qu'un mode de payement, supposant nécessairement une créance et une dette.

Autre exemple, j'ai dans la même localité une partie de laines et une certaine quantité de pièces de drap, sur lesquelles j'éprouve déjà une perte considérable, que je ne veux pas aggraver par l'obligation de payer une commission. Je vous propose, en conséquence, de vous charger de la vente de mes laines à la commission d'usage, mais à la condition que vous vendrez également mes draps sans commission. Pourrez-vous prétendre qu'à l'endroit de ceux-ci vous avez été un mandataire gratuit?

Sans doute vous n'aurez rien à prélever sur le produit de leur vente, mais vous recevrez un salaire sur celui des laines. Or, celui-ci ne vous est acquis que par l'engagement que vous avez pris relativement aux draps. Cet engagement était la condition de votre concours, les deux mandats n'en font plus qu'un dès-lors, et les honoraires que vous en retirerez sont la rémunération de l'un et de l'autre, ce que vous avez consenti est plutôt la réduction de la commission qu'une absence de commission.

135. — Le droit du commissionnaire au salaire pouvant être conventionnellement supprimé, peut à plus forte raison subir toute espèce de modifications. Il est donc facultatif aux parties de stipuler qu'il ne consis-

tera que dans la différence entre le prix déterminé et celui que produira ou que coûtera la chose, c'est-à-dire que le commissionnaire retiendra ce qu'il aura retiré en plus ou acheté en moins du prix auquel le commettant entend vendre ou acheter; qu'une commission ne sera due que si l'opération produit un bénéfice, ou que si cette opération est terminée dans un délai fixé; enfin, en déterminer la quotité en deçà ou au delà du cours de la place.

Ces modifications constitueraient des conditions auxquelles les parties ne pourraient se soustraire. Incontestablement légales, elles seraient obligatoires, au même titre que les conditions réglant le mode et l'époque du payement à faire au commissionnaire.

136. — Le droit de commission consiste en un tant pour cent sur le produit de la vente ou le prix de l'achat, ou sur la valeur matérielle des choses faisant la matière de l'opération. Cette quotité est déterminée par les parties, à défaut par l'usage. Dans la pratique la plus usuelle, cette quotité es. de deux pour cent.

Mais ce taux est susceptible d'augmentation, suivant la nature de l'affaire commise, notamment lorsque les créances à recouvrer sont litigieuses. Doit-on considérer comme telle l'affaire qui se termine par une simple citation, et accorder dès-lors un supplément à la commission ordinaire?

Le Tribunal de commerce de Marseille s'est prononcé pour la négative. Il répugne à la raison, disait-il le 10 juillet 1828, de considérer comme litigieuse une affaire pour laquelle seulement une citation en justice est

donnée, et qui a nécessité quelques démarches. Il faut au moins, pour imprimer le caractère du litige à une affaire, qu'il y ait eu jugement rendu.[1]

La commission se calcule sur le produit brut de l'opération. Dans le cas contraire, les prélèvements laisseraient un net produit, tel qu'elle se trouverait réduite à des proportions si infimes qu'elle perdrait tout caractère rémunératoire.

137. — Mais doit-on au produit brut joindre les frais exposés par le commissionnaire, et frapper ainsi ces frais d'une commission ?

A cet égard, il faut distinguer : dans la vente, le prix obtenu de la chose représente non-seulement sa valeur vénale, mais encore les frais qu'elle a occasionnés. Il est évident que l'acheteur eût donné un prix moindre, s'il avait dû prendre à sa charge les frais de transport, de douane, d'octroi, etc. C'est ainsi que les prix des ventes à l'entrepôt sont fort inférieurs de celui de la vente à la circulation.

Donc, si le prix de la vente comprend nécessairement et représente les frais, la commission prélevée sur l'un pèse également sur les autres, et celle qu'on accorderait spécialement sur ceux-ci constituerait un double emploi évident.

Les mêmes motifs conduisent à une conclusion différente pour le commissionnaire à l'achat. Il est évident qu'il ne payera pas une marchandise passible de frais au

[1] *J. de Marseille*, t. 9, 1re partie, p. 308.

même prix qu'il payerait cette marchandise libre ; que pour l'acheteur le prix de revient comprend et la valeur vénale et le montant des frais. Si le vendeur avait soldé ceux-ci, il eût retiré un prix plus élevé, et en payant la commission sur ce prix, le commettant l'eût payée sur ces frais. Dès-lors, si les frais étant encore dus le commissionnaire les paye, on ne saurait l'empêcher de faire porter sa commission et sur le montant de l'achat et sur les frais accessoires, dont l'ensemble constitue en réalité le prix de revient.

138. — Du principe que la commission est la rémunération du travail, *munus laboris*, il suit qu'elle n'est due que si le commissionnaire a réellement négocié l'opération avec des tiers. Celui-là donc qui, chargé d'un ordre d'achat, l'a rempli avec des marchandises lui appartenant, n'a droit à aucune commission. Son opération n'est plus qu'un acte ordinaire de la vie de commerçant, c'est-à-dire une spéculation sur l'achat et la revente, et en réalisant celle-ci il n'a d'autre profit à percevoir que la différence entre le prix qu'il reçoit et celui qu'il a donné.

Il suit du même principe que le payement de la commission désintéresse complétement le commissionnaire. Il ne pourrait donc s'attribuer autre chose sans retenir ce qui ne lui est pas dû, sans se rendre coupable d'une véritable fraude au préjudice du commettant.

Dans une espèce où le commissionnaire facturait à son commettant les marchandises à un prix supérieur à celui qu'elles avaient coûté, on soutenait que tel était l'usage

à Lyon, et que la différence du prix était un supplément de commission. Mais, par arrêt du 23 août 1831, la Cour de Lyon qualifie ce prétendu usage de frauduleux, et en condamne énergiquement toute application.[1]

139. — Le principe toutefois ne peut aller jusqu'à prohiber ce que le commissionnaire s'applique en sus de la commission à titre de *dû croire*. La concession de celui-ci a un tout autre fondement que les démarches du commissionnaire, que les peines et soins qu'il donne à l'opération. Il n'est que le prix de l'obligation qu'il contracte de payer lui-même, à défaut du débiteur. Il peut donc très légalement être cumulé avec le simple droit de commission. Il le peut d'autant plus que, loin d'être un bénéfice assuré, il peut devenir l'occasion d'une perte plus ou moins considérable.

Le *dû croire*, d'ailleurs, n'est pas même de l'essence de la commission. Il constitue en réalité un contrat d'assurance à prime parfaitement distinct de celle-ci. Il est pour le commerce ordinaire ce que l'assurance maritime est pour le commerce naval. La sécurité qu'il introduit dans les transactions devait lui attirer la même faveur qu'à celle-ci, et faire accueillir avec empressement tout ce qui pouvait en favoriser le développement et l'essor.

140. — L'effet du dû croire est pour le commissionnaire non-seulement l'obligation de garantir la solvabi-

[1] *D. P.*, 33, 2, 69.

lité du débiteur, mais encore d'assurer le payement à l'échéance. Celle-ci arrivée, le créancier est fondé à s'adresser à lui personnellement, sans qu'il puisse invoquer le bénéfice de discussion. Telle était la conséquence du caractère commercial, rendant le cautionnement solidaire, et de la nature même de l'agissement.

Dès que le commissionnaire remplit le rôle d'assureur, il est tenu, la condition prévue se réalisant, comme le serait celui-ci, de remplir immédiatement son engagement. Aussi, et après quelques doutes qui s'étaient d'abord manifestés, la doctrine et la jurisprudence, la pratique commerciale elle-même n'avaient pas hésité à adopter la règle que nous venons de rappeler.

Quamvis in hac questione, disait Casaregis, *aliqui firmaverint mercatorem sic se obligantem non induere nisi personam meri fidejussoris, verior tamen est, et menti mercatorum magis accomodata, usuque recepta est altera opinio contraria, sustinens obligationem principalem, sine remedio excussionis, fuisse vigore hujusmodi verborum contractam per mercatores.*[1]

141. — L'obligation de garantir la solvabilité est absolue, générale, sans exception. Le profit et l'effet en sont acquis au créancier par cela seul que le débiteur ne paye ou ne peut pas payer. Le commissionnaire *dû croire* répond de l'insolvabilité du débiteur, quelles qu'en soient l'origine et les causes.

On essayait une distinction devant le Tribunal de Mar-

[1] *Disc.* 68, n° 11.

seille. Dans cette espèce, l'insolvabilité du débiteur provenait de la confiscation générale de ses biens, prononcée par son gouvernement. C'est là, disait le commissionnaire, un fait de force majeure qui n'entre pas dans les prévisions du *dû croire*. La garantie imposée par celui-ci ne peut et ne doit s'entendre que des événements ordinaires qu'on a pu prévoir.

Un jugement du 10 février 1830 repousse toute distinction et condamne cette doctrine. En pareille matière les prévisions des parties se portent moins sur les causes de l'événement que sur l'événement lui-même. Je vous donne une prime pour que vous me payiez ma créance, si mon débiteur devient insolvable. Le fait prévu se réalisant, votre engagement m'est acquis sans autres restrictions que celles dont nous serions formellement convenus. Un pareil fondement donne au jugement du tribunal de Marseille un caractére juridique incontestable.[1]

142.—Une pareille obligation peut devenir fort lourde pour celui qui se l'est imposée. De là la nécessité de n'en admettre l'existence que lorsque l'intention des parties ne permet pas de douter de leur volonté. Un pareil fardeau ne s'accepte pas facilement, on ne saurait donc l'imposer à défaut de convention précise.

Il est cependant des pays où le *dû croire* est la conséquence forcée et nécessaire du mandat de vendre, où, par conséquent, le commettant ne peut refuser d'en payer la

[1] *J. de Marseille*, t. 11, 1re partie, p. 106.

commission, et le commissionnaire se soustraire à la garantie.

C'est même ce qui eut lieu un moment en France. Le règlement de 1586 obligeait le commissionnaire de faire les *deptes bonnes*, et de payer en son propre et privé nom, quinze jours après le terme échu, sans mise en demeure ni demande en justice.

Nous en sommes depuis longtemps revenus à un droit plus rationnel, et par cela même plus équitable. La garantie de la solvabilité du débiteur par le commissionnaire n'est jamais acquise de plein droit, ni même présumée. Elle ne peut être que le résultat d'une convention librement et volontairement souscrite.

143. — Mais cette convention n'a pas toujours besoin d'être expresse. Elle pourrait tacitement résulter soit de la nature de l'ordre, soit de la quotité du droit de commission, eu égard à l'opération commise, soit des précédents conformes entre les mêmes parties.

La difficulté de savoir si vous avez garanti la solvabilité de mon débiteur s'élève à l'occasion d'une affaire. Mais cette affaire succède à plusieurs autres, qui ont toutes été entendues et réglées en ce sens. N'est-il pas naturel d'admettre que nous avons suivi les mêmes errements, si aucun de nous d'ailleurs n'a manifesté l'intention de s'en départir?

144. — Je vous propose de vendre une partie de marchandises pour mon compte, et je m'engage à vous tenir compte d'une commission de quatre pour cent. Evidem-

ment, dans mon intention, cette commission s'appliquait pour deux pour cent au droit ordinaire, pour deux pour cent au *dû croire*, qui est en effet de ce taux.

Pourrait-on hésiter sur le caractère de votre acceptation? Avez-vous pu raisonnablement croire que je vous offrais 4 pour n'obtenir que ce que vous m'auriez infailliblement accordé pour 2? Vous seriez dans l'impuissance de le soutenir raisonnablement. D'ailleurs, le cumul des deux commissions détermine la nature du contrat, et, puisque vous avez reçu la prime, vous devez subir la chance défavorable.

145. — Le point de contact que le *dû croire* a avec l'assurance a fait naître la question de savoir si, comme pour celle-ci, l'absence d'un risque sérieux devait annuler le contrat? Cette question a été envisagée à un triple point de vue: la solvabilité évidente et certaine du débiteur; la vente au comptant; l'escompte des valeurs données en règlement du prix.

Peut-on, s'est-on demandé, garantir à prix d'argent la solvabilité d'un débiteur? Le peut-on, au moins en conscience, lorsque cette solvabilité est telle qu'aucun risque n'est à craindre? Le peut-on lorsque le débiteur donne des répondants ou des gages?

Pourquoi non, a-t-on répondu? Est-ce que le crédit d'un commerçant a d'autres bases, d'autre fondement que la confiance? Celle-ci à son tour ne repose-t-elle pas sur la présomption, sur les apparences? Or, il y a souvent fort loin de l'apparence à la réalité. ***Mercatores***, a dit depuis longtemps Casaregis, ***interdum videntur di-***

vites, et revera sunt pauperes. D'ailleurs il n'est pas de maison, quelque solvable qu'on la suppose, qui ne puisse succomber à une de ces crises qui jettent le commerce dans la plus profonde perturbation. L'année 1857 en a fourni, pour les Etats-Unis et l'Angleterre notamment, un bien notable, un bien triste exemple.

Donc, même en traitant avec une maison de premier crédit, on ne peut avoir certitude absolue sur l'issue tant que le contrat n'est pas arrivé à échéance. Cette impossibilité constitue le danger qui, quelque éloigné qu'il paraisse, quelque léger qu'on le suppose, n'en existe pas moins, et peut dès-lors devenir légalement l'objet d'une stipulation de garantie.

Veut-on d'ailleurs que le *dû croire* soit pour le commissionnaire l'engagement de ne vendre qu'à des insolvables ? A ce métier-là, il n'est pas de fortune qui résistât, et bien certainement ce n'est pas dans le but unique de se ruiner qu'il accepte le contrat et ses conséquences. Ce qui le détermine, c'est qu'à côté des chances de pertes, d'autres favorables font espérer un profit. Or, la solvabilité du débiteur est une de celles-ci, on ne saurait donc lui en retirer le bénéfice lorqu'il a été assez heureux pour se la ménager.

Ce qui est vrai pour le débiteur est également vrai pour les répondants qu'il a donnés. Solvables aujourd'hui, ils ne le seront plus dans un mois, dans deux, dans trois. La valeur du gage peut s'altérer, une vente publique, une baisse dans le marché en emporteront une partie plus ou moins forte. Or, ce sont précisément ces chances que le créancier n'a pas voulu courir, il serait donc inique de

lui permettre de faire annuler le contrat lorsqu'elles ont tourné à bien, alors que dans le cas contraire il n'aurait pas manqué d'en revendiquer le profit.

146. — Mais si la vente a eu lieu au comptant, si l'acheteur ne reçoit la chose qu'en échange du prix, où est le risque pour le commissionnaire, et où serait la raison d'être du *dû croire*?

Dans la nature du contrat lui-même. La vente au comptant est une chance favorable de celles qui entrent dans les prévisions du commissionnaire et qui forment avec les chances contraires l'aléa de la convention. C'est ce que Savary avait très bien compris, le *dû croire* est acquis, disait-il, soit que la marchandise se vende au comptant, ou à terme, *parce qu'il faut que le fort porte le faible.*[1]

147. — MM. Delamarre et Lepoitvin considèrent cette opinion comme abusive, et conseillent de ne pas la suivre. Nous sommes loin d'être de leur avis.

Sans doute, si le mandat prescrivait la vente au comptant, la stipulation d'un dû croire n'aurait ni cause, ni motif, mais, par cela même qu'elle ne se comprendrait pas, on peut être certain qu'elle ne se réalisera jamais en une telle circonstance, que l'intérêt du commettant en est un sûr garant.

Donc, cette stipulation ne sera convenue que dans l'hypothèse d'un ordre de vendre à terme, mais si l'ordre

[1] *Parf. Nég.*, liv. 3, chapitre 3, p. 246.

impératif de vendre au comptant exclut la vente à terme, la faculté d'opérer celle-ci comporte essentiellement la vente au comptant. L'intérêt du commettant à la réalisation de celle-ci est trop évident pour qu'il puisse être contesté.

C'est cet intérêt que l'opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin exposerait, car, menacé de perdre le dû croire, le commissionnaire se garderait bien de vendre au comptant, et s'il le faisait il ne manquerait pas de rester nanti des fonds jusqu'à l'expiration du délai qu'il était autorisé à accorder, et ajouterait l'intérêt de ces fonds à son droit de commission.

Le commerce devait redouter un pareil résultat, et ce n'est que pour le prévenir que l'usage universellement admis était tel que Savary l'enseigne ; la position de ce célèbre auteur, commerçant aussi distingué que jurisconsulte profond, permettant de croire que son opinion à cet égard n'était que la constatation de ce qui se pratiquait.

Or, ce qui était à craindre à cette époque l'est essentiellement encore de nos jours. Donc, le moyen alors pris pour conjurer le danger se recommande encore et ne saurait être repoussé.

D'ailleurs, la possibilité d'une vente au comptant a dû nécessairement frapper l'attention du commettant. Pourquoi ne l'a-t-il pas prévue et réglée ? Pourquoi n'a-t-il pas stipulé qu'il n'aurait pas à payer le *dû croire*? N'est-ce pas parce que le commissionnaire eût reculé devant cette division du contrat, et n'eût pas accepté les chances de perte, puisqu'on lui retranchait une de celles qui lui

étaient favorables? Que, peut-être privé de cette chance de profit, il ne se fût pas contenté d'exiger deux pour cent, qu'il en eût demandé quatre ou six.

En résumé donc, le dû croire est un contrat aléatoire, c'est-à-dire un composé de chances heureuses ou malheureuses. On ne saurait séparer les unes des autres, imposer la charge de celles-ci, retirer le produit de celles-là. Celui qui s'expose aux effets des premières doit jouir du bénéfice des secondes ; et l'on ne peut qu'être frappé de l'équité et de la rationnalité de la maxime de Savary : *Le fort doit porter le faible.*

148. — Notre opinion sur ces deux premières hypothèses indique celle que nous adopterions sur la troisième. L'escompte des valeurs données en règlement du prix ne change en rien le caractère de la vente. Elle a été faite à terme, et par conséquent le dû croire a été acquis au commissionnaire garantissant la solvabilité du débiteur et le payement à l'échéance.

Que le débiteur et le créancier s'entendent postérieurement pour que ce dernier renonce au bénéfice du terme, moyennant le sacrifice que le premier croira devoir faire, cette convention, étrangère au commissionnaire, ne saurait lui être opposée, ni surtout lui enlever un droit définitivement acquis par le fait de la vente.

Que si cette vente ayant été faite au nom du commissionnaire, et les valeurs de règlement remises personnellement à celui-ci, l'escompte a lieu entre lui et le vendeur, le commettant n'en sera pas même instruit, si la communication qui lui en serait faite devait anéantir le

droit au dû croire. Le commissionnaire, s'étant débité du prix de la vente, ne manquerait pas de s'appliquer le bénéfice du terme, et de faire valoir à son profit, jusqu'à l'échéance, les fonds que l'escompte des valeurs lui procurerait. Ici encore il n'y aurait de lésé que l'intérêt que l'opinion que nous repoussons prétend protéger.

149. — Le commissionnaire a le droit de poursuivre le remboursement de ce qui lui est dû contre ses commettants, et, s'il en existe plusieurs pour une affaire commune, il les a tous pour débiteurs solidaires, non-seulement en cas d'un mandat formel unique, mais encore dans celui d'un mandat tacite, mais enfin dans le cas d'un mandat séparément donné.[1]

Cette solidarité, loin de répugner à la nature commerciale de l'acte, en était une conséquence forcée. Aussi ne pouvait-on révoquer en doute l'application, au commissionnaire, de la règle que l'article 2002 du Code Napoléon a édictée en faveur du mandataire civil.

150. — Une autre conséquence du caractère commercial de l'agissement, est de déférer au tribunal de commerce la connaissance de toutes les difficultés surgissant soit sur l'existence et les conditions de l'ordre, soit sur le mode et les effets de l'exécution. Le Tribunal compétent est celui du domicile du commissionnaire, la prétention contraire devait être écartée par le caractère

[1] Cass., 11 février 1834. *D. P.*, 34, 1, 87.

de commissionnaire et l'application de la règle : *Qui mandat ipse fecisse videtur.*

Du commettant au commissionnaire, l'action est pure, personnelle. Elle doit dès-lors être portée devant le tribunal du domicile de ce dernier, qui est compétent pour y statuer.[1]

La Cour d'Aix a consacré la même règle dans une série d'arrêts, déférant à ce même tribunal la connaissance de l'action du commissionnaire contre le commettant, en payement de ses avances et frais, alors même qu'un compte aurait été ouvert à raison de ce, et qu'il s'agirait du règlement de ce compte ou du payement du solde ; et jugeant que peu importerait que l'ordre eût été pris au domicile du commettant, ou que celui-ci eût été déclaré en état de faillite.[2]

151. — La jurisprudence et la juridiction investie indiquent les règles applicables à la procédure. Toute demande, même celle tendant à établir l'existence de l'ordre, est susceptible de tous les modes de preuve. Elle peut être justifiée par titres, par témoins, par présomptions, par l'aveu ou le serment de la partie.

Il est difficile de prévoir et de supposer que le commissionnaire, prétendant avoir reçu et exécuté un ordre, soit dans l'impuissance de produire certains documents à l'appui de sa prétention. Il est peu probable, en effet,

[1] Cass., 19 juillet 1819. Colmar, 30 août 1831.

[2] Feraud-Giraud, *Jurisp. de la Cour d'Aix*, v° *Commissionnaire*, n°s 1 et suiv.

qu'une opération de ce genre, surtout lorsqu'elle concerne un commettant étranger à la localité, n'ait pas laissé des traces appréciables.

Le plus souvent donc c'est par la correspondance que se résoudront les difficultés, soit que le commettant, prenant l'initiative, ait directement transmis l'ordre, soit que, avisé par le commissionnaire, il ait accepté l'affaire que lui proposait celui-ci.

Mais il peut aussi se faire que l'ordre ait été verbalement donné, soit au domicile du commettant, dans un voyage fait par le commissionnaire, soit dans une entrevue, dans une vente publique, à la bourse.

Dans ces hypothèses mêmes, l'exécution de l'ordre peut avoir amené, même entre commerçants de la même place, une correspondance qui en attestera l'existence, et quelquefois les conditions. A défaut, le commissionnaire réduit à invoquer la preuve testimoniale est recevable et fondé à le faire.

Les juges doivent non-seulement admettre l'enquête, si les faits cotés leur paraissent pertinents et graves, mais ils peuvent en outre prononcer *hic et nunc* en faveur du commissionnaire, si les présomptions acquises leur donnent la conviction de son bon droit.

152.— Au nombre de ces présomptions se recommandent, en première ligne, les précédents que le commissionnaire pourrait invoquer. Depuis plus ou moins longtemps j'ai, sans ordre de votre part, acheté les denrées du pays, sur lesquelles vous spéculez. Vous avez toujours accepté ces achats pour votre compte, sans jamais

avoir témoigné le désir qu'il en fût autrement. La récolte arrivant, j'ai fait cette année comme les précédentes. Comment pourriez-vous prétendre que ces achats nouveaux doivent vous demeurer étrangers. L'ordre n'est-il pas ici la conséquence forcée des relations qui nous liaient depuis longtemps. J'ai dû me croire autorisé par cela seul que je l'avais été, et que vous ne m'avez pas prévenu que je cessais de l'être.

Au reste, ce qui est vrai pour le commissionnaire et en sa faveur le serait également contre lui. Les précédents ont pour effet, non pas seulement de lui permettre d'agir comme il l'a toujours fait, mais de lui en imposer le devoir. Son abstention sans avis préalable du commettant engagerait sa responsabilité, et l'obligerait à en réparer le préjudice. C'est ainsi qu'il a été jugé que le copropriétaire d'un navire qui à chaque voyage assurait pour lui et ses copropriétaires, sans que ceux-ci eussent jamais réclamé ou manifesté aucune opposition, était obligé de le faire dans toutes les circonstances, sous peine de répondre des conséquences du défaut d'assurance.

Dans cette espèce, les copropriétaires disaient : Nous aurions fait nous-mêmes assurer nos parts, si nous avions pu penser que cela eût été nécessaire. Or, comment aurions-nous eu cette pensée? Depuis longtemps vous faisiez assurer pour nous. Loin de réclamer, nous avions toujours ratifié votre acte, remboursé la prime, nous avons donc dû croire que vous continueriez à le faire, tout au moins auriez-vous dû nous prévenir de votre résolution pour nous mettre à même de veiller à nos droits. L'omission de tout avis est de votre part une faute ou une fraude,

vous devez donc répondre seul des conséquences fâcheuses qu'elle a eue pour nous.

Ces considérations, qui feront condamner le copropriétaire, entraîneraient le même résultat pour le commissionnaire qui s'exposerait à les voir invoquer contre lui. Tout doit être égal entre lui et le commettant, leurs droits et leurs obligations sont réciproques, dès-lors si celui-ci ne peut refuser l'opération faite en vertu de précédents qu'il n'a pas rompus, on ne pourrait lui infliger le préjudice que l'inaction du commissionnaire, sans avis préalable, lui occassionnerait. La justice exige au contraire qu'il en soit indemnisé par ce dernier.

153. — Les causes qui mettent fin au mandat produisent le même effet sur le contrat de commission ; ces causes sont : la révocation, la renonciation, la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du commettant, soit du commissionnaire.

La règle essentielle de tout contrat consensuel est qu'il ne peut se détruire que par le concours des volontés qui ont présidé à sa formation. La volonté isolée d'une des parties serait impuissante contre le lien qu'elle s'est d'ailleurs volontairement imposé : *Sicut initio libera potestas est unicuique habendi vel non habendi contractus sunt ita renuntiare constitutæ obligationi, adversario non consentiente nemo potest.*[1]

Le contrat de mandat comportait naturellement une exception à cette règle. Fondé en droit ordinaire d'une

[1] L. 5, Cod. *de Ob.ig. et act.*

part sur la confiance, de l'autre sur un sentiment de pure obligeance, il devait naturellement disparaître avec cette confiance ou devant l'impossibilité d'obéir désormais à ce sentiment.

154. — Le mandat commercial, quoique intéressé, n'en repose pas moins sur la confiance. Il ne saurait donc continuer si celui qui l'a conféré a perdu ou est contraint de retirer celle à laquelle il avait cédé. Il fallait le laisser ici comme là libre d'agir à son gré et de prendre toutes les mesures que pouvaient exiger ses convenances ou son intérêt.

La faculté de révocation était donc de l'essence du mandat commercial comme du mandat civil. Elle est dans l'un ce qu'elle est dans l'autre, générale, absolue, pouvant être exercée à toute époque.

Nous n'avons pas à revenir sur les effets de la révocation, selon qu'elle a lieu avant ou après exécution, ou en l'état d'une exécution partielle ; les ayant déjà indiqués, nous devons nous en référer à nos précédentes observations.[1]

La révocation du mandat anéantit virtuellement les pouvoirs du commissionnaire, il ne peut plus notamment traiter pour le commettant. Celui-ci ne serait pas engagé pour tout ce qui aurait été fait après la révocation.

Mais ce résultat est subordonné à la connaissance de la révocation par le commissionnaire. Tout ce que ce-

[1] *Sup.*, n° 131.

lui-ci aurait fait de bonne foi, dans l'ignorance de la révocation, serait obligatoire pour le commettant.

155. — Donc celui qui use de la faculté que lui laisse la loi doit s'empresser de le faire savoir au commissionnaire. Sans doute il n'est pas contraint de recourir au ministère des huissiers, une simple lettre produirait l'effet d'une notification régulière, mais une lettre peut s'égarer ou se perdre; sa réception peut être déniée et donner lieu à des difficultés, il est donc prudent, si l'affaire étant importante l'époque à laquelle le commissionnaire a connu la révocation offrait un grave intérêt, d'employer la forme qui ne laisserait aucune place au doute.

156. — En droit commun, la révocation peut-elle être tacite? L'affirmative, en droit romain, pouvait invoquer ces paroles d'Ulpien : *Cum qui dedit diversis temporibus procuratores duos posteriorem dando, priorem prohibuisse videri,* [1]

La présomption pouvait, en réalité, n'avoir aucun fondement réel. De ce que je charge Pierre d'une affaire dont j'avais précédemment chargé Paul, il ne s'ensuit pas nécessairement que j'ai entendu déposséder celui-ci. Peut-être ai-je voulu seulement m'assurer le concours de l'un et de l'autre et multiplier les chances d'accomplissement.

D'ailleurs cette difficulté, en la supposant peu grave dans le mandat civil, acquérait une grande importance

[1] L. 31, § dernier, Dig. *de Procurat.*

dans le mandat commercial. Comment juger si l'opération confiée à Pierre est la même que celle que j'ai confiée à Paul? Par l'identité de la nature et de la quantité de la chose à acheter ou à vendre? Mais cette identité peut très bien se concilier avec l'absence de toute révocation du mandat précédent.

J'ai chargé Paul d'acheter ou de vendre pour mon compte 25 barriques sucre; plus tard, je fais la même commande à Pierre. La première pensée qui vient à l'esprit, est que, considérant mon ordre antérieur comme insuffisant, j'ai voulu le compléter en m'adressant cette fois à Pierre.

Une difficulté de cette nature ne pouvait échapper à l'attention du législateur moderne, aussi les auteurs du Code Napoléon l'ont-ils sagement prévenue. Aux termes de l'article 2006, l'institution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier, à compter du jour où elle est notifiée à celui-ci. Il est évident qu'une notification de ce genre ne permet plus de douter des intentions du mandant, et cela aussi bien en commerce que dans les actes de la vie ordinaire.

Ce que nous induisons de plus de l'article 2006, c'est que le législateur n'a pas admis la révocation tacite. Celle qu'il établit est évidemment expresse. Ecrire à un individu, mandataire ou commissionnaire, je viens de charger un autre de l'opération que je vous avais confiée, n'est-ce pas lui dire je révoque le mandat que je vous avais donné. La forme pourra être moins brutale, elle n'en sera pas moins explicite.

L'article 2006 est un nouvel argument en faveur de

ce que nous disions tout à l'heure de l'obligation pour le commettant d'annoncer sa volonté au commissionnaire. Dans l'hypothèse qu'il prévoit, tout ce que le commissionnaire aurait fait avant la notification prescrite serait régulier et obligatoire.

157. — Tout ce qui serait fait après, se trouvant exécuté après révocation, ne pourrait, nous venons de le dire, obliger le commettant. Cependant sa position varie, tantôt il n'a qu'une action en indemnité contre le commissionnaire, tantôt le droit de refuser toute exécution à ce qui a été fait pour son compte.

Je vous ai expédié des marchandises que je vous ai commis de vendre, je vous notifie la révocation de l'ordre, nonobstant et après laquelle vous vendez et livrez ces marchandises. Je n'ai aucun droit à exercer contre le tiers acheteur, le profit de la vente lui est définitivement assuré puisque, traitant avec un commissionnaire et recevant de lui la chose, il n'avait ni à rechercher ni à s'enquérir s'il en était ou non propriétaire.

Je vous ai chargé de vendre une quantité déterminée de marchandises, livrables à des époques fixes. Quelque temps après je révoque mon ordre, et, quoique connaissant cette révocation, vous opérez la vente. Si vous avez vendu en votre nom et si l'acheteur vous poursuit pour lui livrer la chose vendue, vous n'aurez aucun recours contre moi, je ne serais tenu de vous garantir que si vous aviez agi régulièrement. D'ailleurs la vente que vous avez faite après la révocation ne peut me concerner, c'est une opération qui vous est exclusivement personnelle.

Si vous avez vendu comme mandataire en m'indiquant comme devant livrer la marchandise, je serai fondé à refuser cette livraison. L'action du tiers contre moi serait repoussée par la preuve de la révocation et de sa notification antérieures à la vente. L'acheteur ne saurait me contraindre à exécuter une opération faite contre ma volonté, il n'aurait qu'une action en indemnité contre le commissionnaire coupable et infidèle, mais cette action est subordonnée à sa bonne foi, elle devrait lui être refusée s'il a traité avec et malgré la connaissance de la révocation. Complice de la fraude du commissionnaire, il a évidemment traité à ses périls et risques, il rentrerait dans la règle édictée par l'article 1997 du Code Napoléon.

158. — Le mandat finit par la rénonciation. Nous avons déjà examiné les règles applicables à celle-ci et les cas dans lesquels elle peut avoir lieu, nous renvoyons à nos précédentes observations.[1]

La renonciation au mandat, volontairement acceptée ou judiciairement consacrée, termine toutes relations entre parties et les délie réciproquement de leurs obligations et de leurs droits. Il n'y a plus qu'à régler le passé, ce qu'on ferait comme dans le cas de contre-ordre.[2]

159. — La révocation ou la renonciation est surtout destinée à régir l'avenir. Son influence sur le présent n'est

[1] *Sup.*, nos 20 et suiv.
[2] *Sup.*, nos 127 et suiv.

absolue que pour ce qui concerne l'exécution intégrale de l'ordre. Le commissionnaire a donc, nonobstant la révocation ou sa renonciation, non-seulement le pouvoir, mais encore l'obligation de prendre toutes les mesures urgentes que peut exiger la conservation de la chose. Il répondrait de la négligence qu'il mettrait à les remplir, et à plus forte raison de leur défaut. Bien entendu que ce devoir, absolu en cas de renonciation, peut être modifié par le mode de la révocation. Dans le cas, par exemple, prévu par l'article 2006, le soin des mesures conservatoires appartiendrait exclusivement au nouveau mandataire.

Dans tous les cas, le commettant ne pourrait refuser ni contester le remboursement des dépenses et frais exposés dans ce but. Il répugnerait à la raison que le commissionnaire trouvât une occasion de perte dans l'accomplissement d'un devoir, et que celui dont la chose a été conservée en bon état pût s'exonérer de ce qu'il a fallu débourser pour atteindre ce résultat.

160. — La mort du mandant ou du mandataire devait nécessairement mettre fin au mandat civil. L'héritier ne pouvait être tenu de partager la confiance, ou de continuer d'obéir à cette obligeance que leurs auteurs s'étaient mutuellement témoignée. Mais le doute pouvait naître en mandat commercial. Nous avons déjà dit que ce que le commettant considère c'est plutôt l'industrie que la personne elle-même. D'autre part, le salaire que reçoit le commissionnaire pouvait faire supposer chez son héritier la volonté de continuer le mandat.

Mais admettre de droit cette continuation, c'était exposer le commettant à accepter pour son mandataire une personne profondement incapable de gérer ses propres affaires, et à plus forte raison celles d'autrui, contraindre l'héritier du commettant à suivre une opération qu'il a peut-être intérêt à abandonner. Sans doute, le droit de révocation était un remède héroïque pour l'un et l'autre cas, mais cette révocation aurait-elle pu être toujours faite en temps utile. L'opération ne se serait-elle pas souvent accomplie pendant le temps que l'héritier consacrerait à se mettre au courant des affaires de son auteur, et par conséquent avant même qu'il connût l'existence du mandat ?

Il était donc plus rationnel de s'en référer à la règle du droit commun ; de décider pour le mandat commercial ce qu'on admet pour le mandat civil, c'est-à-dire qu'il finit par la mort du commettant ou du commissionnaire.

161. — Mais la mort comme la révocation, comme la renonciation, n'opère que sur le présent et sur l'avenir. Ne pouvant annuller le passé, elle ne saurait rétroagir : *Non etiam mandati actio solvitur*. Donc les effets, c'est-à-dire les obligations et les droits acquis jusque-là passent sur la tête des héritiers.

Or, ces droits et ces obligations se déterminent par l'état des choses, au moment où la mort est venue interrompre le contrat et l'anéantir.

Si le commettant meurt avant que l'ordre ait reçu aucune exécution, le mandat se trouve absolument révoqué. Il n'en existe plus aucun, et le commissionnaire, dépourvu

de pouvoirs, ne peut rien faire qui puisse obliger l'héritier.

Si à l'instant du décès le mandat est en cours d'exécution, le commissionnaire est obligé de suspendre autant que le comporte la nature de l'opération, et de prendre les ordres de l'héritier, mais il doit en attendant, et sous sa responsabilité, prendre toutes les mesures que l'urgence de l'opération exige, que commande la conservation de la chose, ou qui sont une suite forcée de ce qui avait été fait avant le décès. L'omission de ce devoir entraînerait l'obligation pour le commissionnaire d'indemniser l'héritier de tout le préjudice qu'il en éprouverait, et laisserait à sa charge les prescriptions et les déchéances dont elle aurait éte l'occasion.

162. — Si le contrat est résolu par la mort du commissionnaire, et si cette mort se réalise avant toute exécution, l'héritier n'a rien à entreprendre, ne doit rien entreprendre. Il se bornera donc à informer le commettant et à attendre ses ordres.

Si l'exécution est commencée, elle doit être suspendue, si elle peut l'être sans danger pour l'issue de l'opération. En cas d'urgence, l'héritier est tenu d'agir comme son auteur eût dû le faire en cas de décès du commettant. Il répond, comme il aurait lui-même répondu, des effets de sa négligence ou de son inaction.

Enfin, si le décès n'arrive qu'après exécution entière, le mandat a pris naturellement fin par l'accomplissement de l'opération qui en faisait l'objet. La mort ne produit plus qu'un effet unique, la substitution de la personne de

l'héritier à celle de son auteur, pour les actes que comporte le règlement du mandat.

Dans cette hypothèse comme dans celle d'une exécution partielle, le commissionnaire ou son héritier doit rendre compte et payer ce dont le règlement le constituerait débiteur. Mais il a droit d'être remboursé de ses avances et frais, payé du droit de commission tant simple que *dû croire*, relevé des engagements personnels qu'il aurait contractés, par le commettant ou son héritier. Dans le cas de *dû croire*, l'obligation de garantir la solvabilité du débiteur et le payement à l'échéance passerait du commissionnaire à son héritier.

163. — La société commerciale constitue un être moral, ayant des droits distincts de ceux des associés. Le commissionnaire institué pour agir pour le compte de la société n'est pas le préposé de tel ou de tel des associés, il est celui de l'être moral.

D'autre part, les termes de l'article 91 sont formels. L'industrie de commissionnaire peut être exercée sous un nom social, c'est-à-dire que, dans cette hypothèse, le seul commissionnaire se trouve être non pas celui-ci ou celui-là parmi les associés, mais l'être moral, la raison sociale qui les désigne tous.

Dès-lors la mort de l'un des associés ne mettrait pas nécessairement fin au mandat. Il semble qu'on devrait l'admettre si la mort de l'associé entraînait la dissolution de la société. Mais, dans cette hypothèse, l'être moral se survit en quelque sorte, et continue d'exister pour les besoins de la liquidation. Celle-ci, consistant dans la

mise à exécution des affaires communes, on pourrait se prononcer pour la continuation du mandat, sauf révocation par le liquidateur.

Il en est de la mort du commettant comme de la révocation. Les effets qui en résultent ne sont acquis contre le commissionnaire que du jour où il l'a connue. En conséquence, tout ce qu'il aurait fait après, de bonne foi et dans l'ignorance du décès, serait régulier, légal et obligatoire pour l'héritier.

164. — Le contrat de mandat exige, chez celui qui le donne et chez celui qui l'accepte, une capacité civile permanente et continue. La conséquence naturelle de ce principe était que le contrat devait se résoudre dès que l'une des parties perdait cette capacité, soit par l'interdiction, soit par la déconfiture.

La première, en effet, ne permet plus à celui qui en est l'objet de concevoir et de manifester une volonté valable ; lui prohibe, dans son intérêt même, tout droit de contracter, puisqu'il est dans l'impossibilité de défendre utilement ses intérêts. Comment, dès-lors, admettre qu'il pût faire par ou pour autrui ce qu'il n'est pas capable d'accomplir par ou pour lui-même. C'est donc avec juste raison que l'interdiction figure au nombre des causes qui mettent fin au mandat.

La déconfiture du non-négociant est loin de produire les effets de l'interdiction. Cependant l'article 2003 du Code Napoléon la met sur la même ligne que celle-ci, et lui attribue un effet identique. Si le doute avait été permis en matière ordinaire, il aurait complétement disparu

pour la déconfiture commerciale. Celle-ci n'est pas autre chose que la faillite, et l'on sait que sa déclaration désinvestit le commerçant de l'administration de ses biens, le dépouille de l'exercice de ses droits et actions. Comment, dès-lors, pourrait-il administrer par autrui, ou faire pour d'autres ce qu'il n'est plus capable de faire pour lui-même.

165. — Ajoutons en terminant que l'interdiction et la faillite n'agissent pas autrement que la révocation, la renonciation ou la mort. Elles ne font que rendre l'exécution impossible désormais. Tout ce qui a été fait jusque-là doit être respecté et produire tous ses effets.

Ici encore l'urgence place le commissionnaire au-dessus de l'application de la loi. Quoiqu'il doive advenir du contrat, celui-ci ne doit jamais négliger les intérêts sur lesquels il est chargé de veiller. Il a donc non-seulement le pouvoir, mais encore le devoir de faire tout ce que cette urgence commande, de prendre toutes les mesures conservatoires, de prévenir et d'empêcher toute prescription, toute déchéance. Il serait tenu de réparer le préjudice que l'oubli de ce devoir occasionnerait.

166. — Le mandat se référant à une opération déterminée finit naturellement par l'accomplissement de l'opération. C'est là en effet le but que se proposaient les parties, et, ce but atteint, le contrat a produit tout son effet et n'a plus aucune raison d'être. Cette cause n'a pas été inscrite dans l'article 2003 du Code Napoléon, et ne devait pas l'être ; cet article n'ayant prévu et pu prévoir

et régler que les hypothèses, ou quelque chose restant à faire, la question de savoir si le mandat continuait ou non d'exister pouvait sérieusement exiger une solution.

167. — La rupture du contrat, naturelle, légale ou conventionnelle, amène nécessairement le règlement des droits afférant à chaque partie. Le commissionnaire est donc tenu de rendre compte de la gestion qu'il a accomplie, soit en entier, soit partiellement, pour arriver à une liquidation définitive.

C'est à l'occasion de cette liquidation et dans les débats du compte que les difficultés pourront surgir, que la responsabilité du commissionnaire sera mise en jeu. Nous n'avons pas à revenir sur les obligations inhérentes à sa qualité, nous nous contentons de rappeler que, mandataire salarié, le commissionnaire est tenu de la faute même légère. La preuve d'une faute, d'une négligence mettrait à sa charge le préjudice qui en serait résulté.

Le compte aura pour résultat de constituer le commissionnaire débiteur ou créancier du commettant, si les sommes qui lui ont été données ne balancent pas ou dépassent celles qui ont été reçues pour son compte.

Si débiteur, le commissionnaire doit payer le reliquat à sa charge, il peut y être contraint par toutes les voies de droit et même par corps.

Si créancier, il doit être remboursé intégralement, or ce remboursement est garanti d'une manière énergique par le droit de retention, et par un privilége sur les choses qu'il détient encore pour le compte du commettant,

Nous allons voir, sous les articles suivants, dans quels cas et à quelles conditions il peut se prévaloir de l'un ou de l'autre.

—

ART. 93.

Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées d'une autre place, pour être vendues pour le compte d'un commettant, a privilége pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais sur la valeur des marchandises, si elles sont à sa disposition, dans ses magasins, ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut constater, par un connaissement ou par une lettre de voiture, l'expédition qui en a été faite.

ART. 94.

Si les marchandises ont été vendues et livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse, sur le produit de la vente, du montant de ses avances, intérêts et frais, par préférence aux créanciers du commettant.

ART. 95.

Tous prêts, avances ou payements qui pourraient être faits sur des marchandises déposées ou consignées par un individus résidant dans le lieu du domicile du commissionnaire ne donnent privilége au commissionnaire ou dépositaire qu'autant qu'il

s'est conformé aux dispositions prescrites par le Code Napoléon, livre 3, titre 17, pour les prêts sur gage ou nantissement.

SOMMAIRE.

168. Conditions auxquelles le contrat de commission devait être réellement avantageux au commerce.
169. Caractère équitable de l'article 93, vis-à-vis du commettant.
170. Vis-à-vis de ses créanciers ordinaires.
171. Que comprennent les termes avances, intérêts et frais de l'article 93. Arrêts des Cours de Rouen et d'Aix.
172. Arrêts contraires de la Cour de Cassation, leur caractère juridique.
173. Les avances faites avant le nantissement matériel ou virtuel ne sont point couvertes par le privilége. Jurisprudence.
174. Arrêts contraires de la Cour de Cassation et de la Cour de Dijon, examen et discussion.
175. Dernier arrêt de la Cour de Cassation contraire à sa précédente jurisprudence.
176. L'article 95 est applicable aux avances antérieures, même dans le cas de domicile distinct.
177. Résumé.
178. L'existence d'un compte courant fait-elle exception à cette règle ? Distinction.
179. Considérations à l'appui de l'affirmative, leur caractère.
180. *Quid* des avances antérieures à l'expédition, mais faites en vue et sur la promesse d'expédition d'une chose déterminée?
181. Opinion en faveur du privilége.
182. Réponse et réfutation.
183. Résumé.
184. Conditions exigées par l'article 93, but que le législateur a voulu atteindre.

185. La marchandise doit-être expédiée d'une place sur une autre. Caractère de cette expédition.

186. A qui appartient le droit de décider si la commune d'où les marchandises sont expédiées est une place de commerce.

187. Arrêt de la Cour de Paris reconnaissant ce caractère à la Villette. Critiques dont il fut l'objet. Arrêt de la Cour de Cassation.

188. L'identité de résidence du commettant et du commissionnaire est sans influence sur le privilége, si les marchandises, se trouvant dans un autre lieu, ont été réellement expédiées.

189. Arrêt dans ce sens de la Cour de Bordeaux, confirmé par la Cour de Cassation.

190. Le privilége n'existerait pas si la marchandise devait être vendue sur le lieu où elle se trouve. Arrêt de la Cour de Paris.

191. Examen de quelques-uns de ses motifs.

192. Il n'est pas nécessaire que la marchandise expédiée arrive au domicile personnel du commissionnaire. Conséquences.

193. Economie de la jurisprudence en cette matière. Règle qu'elle consacre.

194. La possession virtuelle de la marchandise résulte pour le commissionnaire de la négociation qui lui est faite du connaissement à ordre.

195. La négociation est valablement faite à la résidence du commissionnaire.

196. Le mandat spécial de vendre n'est pas indispensable, il résulte d'ailleurs de la nature de l'opération.

197. *Quid* dans le cas où il a été refusé?

198. Cas dans lesquels le commissionnaire ne pourrait avoir privilége, malgré l'expédition et la détention de la chose.

199. Le commissionnaire est en possession dès qu'il détient la chose dans ses magasins ou dans un dépôt public.

168. — Le contrat de commission a été, avec raison, considéré comme l'un des instruments les plus actifs de l'extention et du développement des affaires, comme l'âme et le mouvement du commerce. On a pu, sans exagération, dire de lui que : semblable à ce talisman dont l'heureux possesseur avait la vertu de se trouver, à sa volonté, en divers lieux à la fois, il est pour les person-

nes ce que la lettre de change est pour l'argent, et le connaissement ou la lettre de voiture pour les choses, il les représente partout.[1]

Mais la représentation des personnes ne devait pas être le seul but du contrat de commission, son effet ne devait pas même se borner à l'avance des frais de transport et de voyage. Il n'obtenait réellement le caractère que nous venons d'indiquer, que si, escomptant la vente des marchandises qui lui étaient expédiées, le commissionnaire en avançait le prix au commettant soit par la remise des espèces, soit par l'acceptation de traites tirées en anticipation. Ce dernier trouve ainsi le moyen de toucher le prix de sa chose avant sa vente, de l'utiliser dans son intérêt, de l'appliquer soit à l'extinction des engagements qu'il a contractés au moment de l'achat, soit à des nouvelles opérations et à satisfaire ainsi à toutes les exigences de ses spéculations et de son crédit.

Un pareil résultat était trop précieux pour que le commerce n'admît pas avec empressement tous les moyens susceptibles de le déterminer. Or, le premier de ces moyens était de rassurer le commissionnaire sur le sort de ses avances; de l'encourager à les réaliser, en lui donnant la certitude d'un remboursement assuré. De là, le droit de rétention jusqu'à payement, si les marchandises sont encore en sa possession; le privilége sur leur prix si, exécutant la mission qui lui est confiée, il les a vendues et livrées pour le compte de son commettant.

[1] Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n° 385.

169. — Les auteurs du Code de commerce ne pouvaient ni méconnaître, ni négliger cette nécessité que la pratique elle-même leur signalait. Personne, en effet, n'a jamais contesté en principe la position faite au commissionnaire ; ce qu'on mettait en question, c'était l'existence des conditions qui pouvaient seules en assurer le bénéfice. Les articles 93 et 94 ont donc législativement consacré le principe et indiqué nettement dans quels cas et à quelles conditions on devra l'appliquer.

Nous n'avons pas à insister sur la nature de ces deux dispositions, nous nous bornons à constater que le droit qu'elles confèrent est, soit à l'égard du commettant, soit vis-à-vis de ses créanciers, avoué par les notions les plus exactes de l'équité et de la raison.

Est-il en effet rien de plus juste que l'obligation pour le commettant, voulant reprendre sa marchandise, de rembourser avant tout ce qu'il en a coûté au commissionnaire pour la recevoir, la conserver, l'améliorer et en faciliter la vente ? Tous ces frais sont venus s'incorporer à la chose, en former la valeur marchande, car le prix de la vente devra en faire retrouver le montant ajouté à la valeur vénale et intrinsèque. Donc, ce que le commettant réclame, c'est une marchandise d'une valeur supérieure à celle qu'elle avait au moment de l'envoi, et qui n'a atteint cet excédant de valeur que par le payement par le commissionnaire des dépenses occasionnées par le voyage. Il est donc de bonne justice que celui-ci soit indemnisé de ces dépenses et autorisé à refuser jusque-là de restituer la chose.

Le remboursement des avances faites sur la marchan-

dise n'est pas moins équitable. La possession de celle-ci a seule déterminé ces avances et a ainsi formé la condition essentielle du contrat. Or, comment admettre le débiteur à changer le contrat, à retirer le gage à l'occasion duquel il est intervenu, et à exposer ainsi le créancier à un péril qu'il n'a pas voulu courir.

Donc, à l'endroit du commettant, le droit de rétention, le privilége accordé au commissionnaire n'est qu'une conséquence naturelle, logique, forcée de l'agissement intervenu entre eux. Pouvait-on dès-lors exonérer les créanciers du premier des effets de l'un ou de l'autre ?

170. — On a pu dire avec raison que dans un malheur commun tous les créanciers doivent être sur une même ligne, qu'on ne peut tout payer à l'un et rien ou presque rien à l'autre. Mais pour que l'application de ce principe soit rationnelle, il faut que la position des créanciers soit égale et identique. Ainsi, dans une faillite, les créanciers hypothécaires ou gagistes recevront sans contestation possible l'intégralité de ce qui leur est dû, quelle que soit d'ailleurs l'insuffisance de l'actif, eu égard aux autres dettes.

Or, la différence qui existe entre les créanciers hypothécaires ou gagistes et les chirographaires existe entre le commissionnaire et les créanciers ordinaires. Ceux-ci ont aveuglement et exclusivement fait confiance en la personne; le premier, qui n'a prêté que sur consignation, n'a fait foi qu'à la chose elle-même, il est en réalité un créancier gagiste. Comment dès-lors lui refuserait-on ce que celui-ci obtiendrait sans difficulté ? Le droit du commis-

sionnaire, de retenir ce qu'il a en mains jusqu'à payement de ce qui est dû, a quelque chose de si naturel, observent avec raison MM. Delamarre et Lepoitvin, que l'homme le plus borné en comprend la raison et en sent la justice.

171. — Avant d'examiner quelles sont les conditions auxquelles est subordonné le droit du commissionnaire, il convient de rechercher et de déterminer à quelle nature de créance ce droit est attaché, qu'elles sont les sommes pour lesquelles il peut être prétendu et exercé.

Les termes de l'article 93, sont généraux, le droit au privilége existe pour le remboursement des avances, intérêts et frais. Mais, que faut-il entendre par avances, les sommes données sur la consignation au moment où elle s'opère seulement, ou bien encore toutes celles que le commissionnaire a données au commettant ou payées pour lui depuis qu'il est nanti des marchandises?

C'est dans le premier sens que s'étaient prononcées les Cours de Rouen et d'Aix, la première le 22 mars 1828, la seconde le 9 avril 1829. L'une et l'autre posaient, en principe, que les priviléges étant de droit étroit devaient se renfermer dans les limites que la loi leur avait assignées; que les avances dont parle l'article 93 n'étaient que celles qui se rattachent à la commission elle-même, et non les sommes fournies au commettant à raison d'autres opérations; que tout ce qui avait été avancé à raison de celles-ci ne constituait qu'une créance particulière, ne pouvant participer au privilége.

172. — Mais la Cour suprême, qui le 23 juin 1830 cassait l'arrêt de la Cour de Rouen, cassait également celui d'Aix, le 29 avril 1833. Pour la Cour régulatrice, sous le terme générique d'avances, l'article 93 comprend toutes les sommes, tous les objets, toutes les valeurs quelconques qui sortent des mains du commissionnaire et profitent au commettant; et, sauf le cas d'une convention particulière, le privilége accordé à raison de ces avances est acquis au commissionnaire par cela seul qu'il les a faites étant nanti de l'objet consigné qui lui sert de gage. L'article 93, ajoute la Cour de cassation, n'exige pas d'autres conditions.

Reconnaissons que cette doctrine dont la Cour de cassation avait fait une application spéciale en déclarant, le 8 janvier 1829, que le commissionnaire avait privilége pour les sommes qu'il a été obligé de restituer, par suite de l'annulation de la vente qu'il avait consentie à un tiers qui, avant réception, avait donné des à-comptes sur le prix, est plus conforme à la raison et à la vérité des choses que celles que consacraient les Cours de Rouen et d'Aix. Il est évident que le commissionnaire, nanti de valeurs qu'il doit réaliser, ne se détermine à avancer les sommes dont son commettant a besoin, qu'en vue de la garantie de remboursement que lui offrent ces valeurs, et de la certitude qu'il compensera leurs produits avec les sommes qu'il remet. On peut même dire que l'avance de ces sommes n'est qu'un payement anticipé de ce qu'il devra lui-même. Lui refuser cette garantie, ne pas lui permettre cette compensation, c'est le rendre victime de sa bonne foi, méconnaître le contrat, et violer le droit qu'il puise dans le gage dont il était nanti.

La Cour de Rouen l'a reconnu elle-même. De nouveau saisie de la question, elle a adopté la doctrine de la Cour de cassation et abandonné sa jurisprudence de 1828.[1]

Ainsi le commissionnaire a privilége pour toutes les sommes par lui avancées au commettant, en considération du gage qu'il détient. Dans cette catégorie se placent naturellement celles données depuis qu'il est nanti des marchandises qu'il entend affecter à leur remboursement, *post hoc ergo propter hoc*, l'antériorité du nantissement est donc la condition essentielle et sans laquelle le privilége serait et devrait être refusé.

173. — Cet aperçu juge la difficulté à l'endroit des avances faites avant toute consignation. Le commerçant qui, sans être nanti, qui, à défaut de transfert d'un connaissement ou d'une lettre de voiture, prête des fonds à un autre commerçant, n'a pas réellement fait acte de commissionnaire, il n'a contracté qu'une créance ordinaire pour le remboursement de laquelle il s'en est entièrement remis à la foi du débiteur.

Sans doute, cette créance pourra être ultérieurement l'objet d'un gage, mais la constitution de celui-ci ne sera régulière que si les formalités du droit commun ont été remplies.

Une jurisprudence imposante existe en ce sens. Ainsi, la Cour de Bruxelles jugeait, le 15 mars 1821, que le commissionnaire ne peut invoquer le privilége de l'article 93 contre les créanciers de son commettant tombé

[1] 29 novembre 1838. *J. D. P.*, 2, 1838, 577.

en faillite, pour des avances à lui faites sur des marchandises qui étaient en route à la destination de ce même commettant, et que celui-ci, après les avoir reçues, ne lui a expédiées que postérieurement aux avances, mais avant la faillite.

Le 14 janvier 1831, la Cour d'Aix décidait que lorsqu'un commissionnaire a acquitté des traites tirées sur lui par son commettant, il ne peut en être remboursé par privilége sur le prix des marchandises que ce dernier lui consigne postérieurement, qu'autant qu'il se trouverait avoir reçu le connaissement ou la lettre de voiture de ces marchandises, à l'époque même où il a payé les traites.

La Cour de Douai se prononçait dans le même sens, en déclarant, le 23 novembre 1843, que, pour réclamer le bénéfice de l'article 93, le commissionnaire doit constater qu'il a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées; que c'est donc l'expédition et le dépôt de ces marchandises qu'il faut considérer et reconnaître comme la cause déterminante; que le commissionnaire doit établir qu'il n'a fait les avances que parce qu'il était nanti réellement ou fictivement des marchandises déterminées, qu'il considérait comme son gage; qu'on ne pourrait donner plus d'extension à l'article 93, sans en méconnaître l'esprit et le texte.[1]

174. — Cette doctrine s'induit si naturellement des termes mêmes de cet article, qu'il semble impossible d'ad-

[1] *J. D. P.*, 2, 1844, 150. *Conf.*, Nîmes, 7 juin 1843. Douai, 5 janvier 1844. Cass., 18 mars 1845. *J. D. P.*, 2, 1843, 182, 1, 1845, 226, 387.

mettre une opinion contraire. C'est cependant celle-ci que la Cour de Dijon et la Cour de cassation elle-même consacraient : la première, le 10 avril 1843; la seconde, le 23 avril 1816.[1]

Ces deux arrêts se justifient difficilement. Vainement insistent-ils sur cette circonstance que l'affectation des marchandises à la dette antérieure avait été convenue entre les parties. Que cette convention liât celles-ci, qu'elles dussent obligatoirement l'exécuter, c'est ce que nul ne sera tenté de contester. Mais la question de privilége ne sera jamais agitée entre le commissionnaire et le commettant. Elle n'intéresse, en réalité, que les créanciers de celui-ci, exposés par son exercice à perdre une partie du patrimoine sur lequel ils ont dû compter.

Or, pour ce qui les concerne, le privilége ne saurait résulter de la convention souscrite par leur débiteur. Ils ne sont tenus d'en subir les effets que lorsqu'il est expressément établi par la loi, par exemple, dans l'hypothèse prévue par les articles 93 et 95.

Le premier est inapplicable dans notre espèce, puisque les avances ayant précédé toute expédition, le commissionnaire n'est pas dans la condition exigée. Le second ne pourrait être invoqué que si les formalités de l'article 2074 du Code Napoléon avaient été remplies; la conclusion à en déduire ne saurait être douteuse. On ne saurait reconnaître un privilége qui ne peut se fonder sur une disposition légale.

[1] *J. D. P.*, 2, 1844, 37.

175. — Ces principes, que la Cour de cassation avait méconnus en 1816, ont été, depuis, expressément reconnus et consacrés par elle dans son arrêt du 23 mars 1845, rendu dans les circonstances suivantes :

Le 31 décembre 1838, la maison Paris, domiciliée à Paris, vend au sieur Levasseur, demeurant à Lisbonne, une certaine quantité de balles de laines, au prix de 23,104 fr., payable le 31 août 1839.

Cette vente est faite à la condition que l'acheteur, après avoir lavé les laines, les réexpédierait au vendeur qui serait chargé de les vendre, et qui se payerait sur leur produit de ce qui lui était dû. Cette condition est exécutée.

Un des créanciers du sieur Levasseur voulant porter ses exécutions sur ces laines en mains de Paris, celui-ci l'ajourne ainsi que Levasseur devant le tribunal de commerce, il demande que celui-ci soit condamné à lui payer le prix des laines, et que le montant de la condamnation soit pris par privilége à tous autres créanciers.

. Levasseur étant ensuite tombé en faillite, l'instance est reprise avec le syndic qui soutient que le privilége ne pouvait être acquis. Cette prétention est repoussée par le tribunal, qui applique l'article 93.

Sur l'appel, arrêt confirmatif de la Cour de Paris : «Attendu qu'il résulte des documents de la cause et de la correspondance que Levasseur avait remis les laines en question à MM. Paris, avec autorisation de les vendre et de se payer sur le prix des effets précédemment donnés en réglement; que cette consignation était une des conditions de la vente. »

Pourvoi en cassation par le syndic, et cassation de l'arrêt par la Chambre civile, sur les motifs suivants :

« Attendu que les biens d'un débiteur doivent être également distribués entre ses créanciers, à moins d'une préférence expressément déterminée par la loi en faveur de quelques-uns d'eux ; que le privilége qu'elle a placé parmi les causes qui peuvent autoriser cette préférence, étant ainsi une exception, ne peut être étendu au delà des cas pour lesquels elle l'a établi ;

« Attendu que l'article 93 du Code de commerce n'accorde au commissionnaire un privilége sur le prix des marchandises qui lui ont été expédiées d'une autre place que pour les avances par lui faites à son commettant postérieurement à la réception soit des marchandises, soit du connaissement ou de la lettre de voiture constatant l'expédition qui lui est faite ;

« Que ces expressions de la loi sur ce point sont claires et formelles ; qu'elles ne font résulter le privilége du commissionnaire que de la condition que les avances auront été faites dans les circonstances qu'elles indiquent. »

L'arrêt constate ici qu'en fait les sieurs Paris, ne se trouvant dans aucun des cas spécifiés par l'article 93, ne pouvaient en revendiquer le bénéfice, il ajoute :

« Attendu qu'il importe peu que l'arrêt attaqué déclare dans ses motifs qu'il résulte des documents de la cause, et notamment de la correspondance des parties, que la consignation faite par Levasseur, avec autorisation aux sieurs Paris de vendre et de se payer sur le prix des effets donnés] en règlement, était une des conditions de la vente de 1838 ;

« Qu'un privilége ne peut naître que des faits que la loi a spécialement et expressément déterminés, et non d'une convention des parties à laquelle elle ne l'a pas attribué ;

« Que d'ailleurs aucune des formalités prescrites par les articles 2073 et 2074 du Code Napoléon pour constater, à l'égard des tiers, qu'il y a eu gage, n'a été remplie.[1] »

Cet arrêt est la condamnation la plus explicite de la doctrine de celui de 1816 et de celui de la Cour de Dijon de 1843. Il proclame nettement le caractère limitatif et restrictif de l'article 93, et l'impuissance des parties à établir par leur convention un privilége opposable et obligatoire contre les tiers. Ce privilége n'existe que pour les avances faites en vue ou en considération de la consignation, ou en suite de cette consignation. Cette condition ne peut être ni suppléée, ni modifiée.

176. — Cet arrêt tranche en outre une autre difficulté que les termes de l'article 95 ont fait surgir. Celui-ci, a-t-on dit, ne prescrit les formalités du droit commun qu'entre commerçants habitant la même localité, d'où la conséquence qu'il en dispense dans l'hypothèse d'un domicile distinct. Pour celle-ci, le gage résulte régulièrement de l'expédition et du voyage de la marchandise.

Sans doute cette expédition, en établissant avec certitude l'époque de l'envoi, fait disparaître quelques-uns des inconvénients que l'article 2074 a voulu prévenir,

[1] J. D. P., 1 1845, 587.

notamment celui d'une consignation après cessation, ou à l'approche de la cessation des payements.

Mais l'objection ne saurait se soutenir en présence de l'article 93. Pourquoi, en effet, si l'expédition en cas de domicile différent constituait le gage d'une manière régulière, le législateur n'a-t-il accordé le privilége qu'à la condition que cette expédition précédât les avances et en fût la cause déterminante. Réduire à ce cas le privilége, c'était nommément le refuser à défaut de cette condition, et par conséquent lorsque les avances avaient précédé l'expédition.

Dans l'espèce que nous venons de citer, le commissionnaire était domicilié à Paris, et le commettant à Lisbonne. L'expédition avait été faite en temps non suspect. Cependant la Cour de cassation refuse le privilége, parce que les formalités des articles 2073 et 2074 du Code Napoléon n'avaient pas été remplies. Elle reconnaît donc que leur applicabilité n'est pas seulement nécessaire dans le cas de l'identité de domicile, et repousse par conséquent l'interprétation qu'on voulait donner à l'article 95 du Code de commerce.

177.— En résumé, les termes de l'article 93, avances, intérêts et frais, comprennent non-seulement les déboursés faits pour l'expédition elle-même et la conservation de la chose, mais encore tout ce qui a été fourni en considération de cette chose, et qui, sorti des mains du commissionnaire, a profité au commettant.

Sont présumées faites en considération de la chose, toutes les avances quelconques réalisées depuis que le

commissionnaire est régulièrement nanti des marchandises expédiées, ou du connaissement, ou de la lettre de voiture en constatant l'expédition. Elles sont donc garanties par le privilége de l'article 93.

Les avances faites avant l'expédition, et même sur la promesse de la réaliser, ne peuvent participer à ce privilége. L'expédition postérieure n'est plus que la réalisation du gage promis ou non, et cette réalisation ne produit effet contre les tiers, que si elle s'est accomplie dans la forme prescrite par l'article 2074 du Code Napoléon.

178. — Cette dernière règle reçoit-elle exception dans l'hypothèse de l'existence d'un compte courant entre le commettant et le commissionnaire? Le solde dû à ce dernier doit-il sans distinction être payé par privilége sur le prix des marchandises qu'il a eu en consignation? L'affirmative ne serait pas douteuse si le commissionnaire, ayant réalisé les marchandises, en avait inscrit le produit à son débit et au crédit du commettant. Cette passation en compte est un véritable payement anticipé contre lequel les créanciers de celui-ci, pas plus que lui-même, ne sauraient revenir.

Mais, si les marchandises existaient encore en nature au moment de la faillite du commettant ou de la contestation du privilége par un créancier, on en reviendrait à la règle que nous venons de rappeler; le privilége ne lui serait acquis que pour les avances faites sur expédition, ou depuis. C'est ce que la Cour de Douai décidait expressément le 27 novembre 1843.

L'arrêt rappelle les conditions auxquelles l'article 93

subordonne le privilége ; il déclare que le commissionnaire qui est en compte courant avec le commettant n'est pas, au regard de ces conditions, placé plus favorablement que tout autre ; qu'il ne peut donc réclamer le privilége à raison d'avances qu'il aurait faites, non en vue et sous la garantie d'une expédition déjà établie, mais seulement dans l'espoir d'être couvert pas des consignations qui lui seraient faites ultérieurement.[1]

Comment en effet, observait M. l'avocat général Rieff, dans l'espèce de l'arrêt de Nîmes, du 7 juin 1843, couvrir du privilége du commissionnaire les actes de banquiers ? N'est-ce pas, en effet, un acte de cette nature que fait le commerçant qui sans exiger une expédition, sans avoir reçu ni connaissement ni lettre de voiture, avance des fonds en compte courant à un autre commerçant ? Celui-là, ajoutait M. le procureur général, a donné son argent sur les seules promesses du débiteur, comme les autres créanciers ; comme eux il s'en est fié à sa bonne foi, comme eux il doit subir les conséquences de son imprudence.

179. — L'opinion contraire pouvait s'étayer de quelques paroles de M. Pardessus, de l'avis de MM. Goujet et Merger, de MM. Delamarre et Lepoitvin. Mais, en réalité, rien n'indique que M. Pardessus ait entrevu notre question, que les autres honorables jurisconsultes résolvent sans la discuter, surtout sans s'occuper de la distinction entre le cas d'une vente réalisée et celui d'une vente en-

[1] *J. D. P.*, 2, , 1844. 151.

core à faire. Leur opinion, juridique dans le premier, ne saurait être admise dans le second, condamnée qu'elle est par l'article 93, et expressément repoussée par la jurisprudence sur les avances faites avant toute expédition. Si ces avances faites sur simple titre ne produisent pas ce privilége, comment l'acquerraient-elles parce qu'elles auraient été consacrées en compte courant?

180. — Doit-on décider autrement lorsque les avances, quoique faites avant l'expédition, s'appliquaient à une marchandise déterminée dont on promet de nantir le commissionnaire. Exemple : Je vous propose de m'accorder une anticipation sur une marchandise dont il me sera permis sous peu de disposer, et que je m'engage à mettre à votre disposition.

En pur droit, cette question devrait être négativement résolue. En fait, la condition exigée par l'article 93 ne se rencontre pas, et cette condition ne saurait jamais résulter de la convention des parties ; nous venons de voir la Cour de cassation le proclamer trés explicitement dans son arrêt du 18 mars 1845.

181. — On a cependant soutenu le contraire et considéré cette opération comme rentrant dans la disposition de l'article 93. Le commissionnaire, a-t-on dit, qui fait cette opération s'expose, si la déconfiture du commettant arrive avant l'expédition, à rester sans droit spécial sur la marchandise en vue de laquelle il a traité. Mais si, au moment de cette faillite, il est nanti soit de la marchandise, soit du connaissement ou de la lettre de voiture, le privi-

lége lui est acquis. D'une part, en effet, il n'a traité qu'en contemplation de la marchandise dont la nature et la quantité étaient déterminées; de l'autre, l'accomplissement de la condition rétroagit au jour du contrat et le rend conforme aux prescriptions de la loi. Enfin, des agissements de ce genre sont un puissant secours pour le commerce. Leur consécration est donc évidemment dans l'esprit de l'article 93.

182. — Ces considérations, quelque fondées qu'on les suppose, pourraient-elles prévaloir sur les principes? Or ceux-ci ne sont pas contestables. Les priviléges ne peuvent être reconnus que s'ils résultent clairement de la loi : ils sont donc subordonnés à l'accomplissement des conditions qu'exige la disposition qui les crée. Or, à cet égard, l'article 93 est formel.

Ses termes indiquent son esprit. Le commissionnaire qui s'y est fidèlement conformé a fait crédit à la chose plutôt qu'à la personne, il était donc rationnel de lui assurer les effets de la prudence avec laquelle il a agi.

Celui-là, au contraire, qui s'en est rapporté à la personne de son débiteur a suivi la foi de celui-ci. On ne peut donc l'assimiler au premier. Ce qui les distingue, c'est que l'un a livré ses fonds sur une promesse qui pouvait ou non recevoir son exécution, tandis que l'autre n'a donné d'une main qu'en recevant de l'autre un gage qui garantissait ses avances.

Qu'importe que la promesse ait été plus tard remplie. Son exécution n'est pas l'accomplissement des prescrip-

tions de l'article 93, elle ne constitue que la dation du gage promis, et ce gage ne peut avoir d'effets contre les tiers que s'il a été constitué dans la forme prescrite par l'article 2074 du Code Napoléon.

Au reste, si quelques doutes pouvaient naître de la jurisprudence, ils auraient été dissipés par l'arrêt de la Cour de cassation, dans l'affaire Paris contre les syndics Levasseur. Ici, en effet, la marchandise en vue de laquelle on traitait était déterminée, la promesse d'expédition certaine, l'expédition réalisée. Cependant l'arrêt de Paris, qui sur cet ensemble de circonstances concède le privilége, est cassé comme violant expressément l'article 93.

183. — En résumé, les avances, intérêts et frais comprennent tout ce que le commissionnaire a payé à la décharge du commettant, tout ce qu'il est sorti de ses mains et a profité à celui-ci, même les sommes qui n'auraient aucun rapport avec l'expédition des marchandises et se référeraient à des opérations indépendantes.

Pourvu, toutefois, que ces avances et sommes aient été fournies depuis que le commissionnaire est nanti, soit des marchandises, soit des connaissements ou de la lettre de voiture.

Toutes avances réalisées avant le nantissement ne constituent que des créances ordinaires, dont le commissionnaire a pu valablement se payer sur le prix des effets ultérieurement consignés, s'ils ont été vendus. Elles ne peuvent être garanties par le privilége, si ces effets existaient encore en ses mains au moment de la déconfiture ou de la réclamation des créanciers contestants.

184. — Le privilége n'existe donc que dans les limites tracées par l'article 93, et aux conditions qu'il prescrit. Ces conditions sont l'expédition d'une place sur une autre, la détention, soit matérielle soit virtuelle de la chose expédiée par le commissionnaire.

Le but de la loi, en créant le privilége de l'article 93, a été d'imprimer au contrat de commission le plus grand développement, de le mettre au niveau des espérances et des besoins du commerce. Or, celui-ci est peu formaliste, en général ; la rapidité indispensable de ses opérations ne le permet ni ne le comporte.

On devait donc se relâcher des formes ordinaires, en ce qui concerne la constitution du gage. Toutefois, cette dérogation ne pouvait devenir une occasion de fraudes. Etendue au cas de résidence dans la même localité, elle pouvait donner lieu à de graves abus. La facilité de la consignation pouvait la déterminer après coup et n'être qu'un moyen d'avantager le failli lui-même, ou de lui permettre de favoriser un créancier de préférence aux autres, et a leur détriment.

185. — Subordonner le privilége à l'envoi des marchandises d'une place sur une autre, c'était, en quelque sorte, assurer le caractère de l'opération et rendre impossible l'abus d'une consignation après coup. La convention dont l'expédition aura été le résultat, aura laissé des traces permettant de remonter à son origine, d'en déterminer l'époque, d'en faire connaître les causes. A la correspondance se joindra le fait matériel de l'expédi-

tion qu'on ne pourra jamais supposer faite lorsqu'elle ne l'était pas.

Nous avons donc raison de le dire, l'envoi de la marchandise est le contrôle de l'opération ; il en fixe le moment précis, et en établit ainsi la sincérité. De plus, il détermine la nature et la quantité de la marchandise expédiée. Il supplée donc, en quelque sorte, cet acte public ou cet enregistrement que prescrit l'article 2074 du Code Napoléon.

186. — Mais, en posant ce principe, le législateur ne pouvait en régler l'application et indiquer, par exemple, en quels cas et à quelles conditions telle ou telle ville ou commune devait être mise dans la catégorie des places de commerce ; quelle devait être la distance entre le lieu de l'envoi et celui de la destination ; en un mot, tracer une règle unique et uniforme dans une matière essentiellement dépendante des circonstances particulières et spéciales de chaque espèce.

Ce silence sur ces divers points amenait forcément à cette conséquence que la solution des difficultés qu'il pouvait faire naître était abandonnée à l'appréciation souveraine des deux degrés de juridiction, seuls capables de faire l'application du principe et de décider si le voyage des effets a eu ou non lieu dans le sens de l'article 93.

187. — Comme exemple d'application de notre doctrine, nous pouvons citer un arrêt de la Cour de Paris, du 6 mars 1832, déclarant que la commune de la Vil-

lette était une place distincte de celle de Paris ; qu'en conséquence, le commissionnaire qui faisait des avances sur les marchandises expédiées de l'une sur l'autre avait le privilége de l'article 93.

Cet arrêt était énergiquement critiqué devant la Cour régulatrice. Dans la langue du commerce, disait le demandeur en cassation, le mot place signifie un lieu où se fait le commerce, la banque, le courtage ; les réglements sur les professions d'agents de change et de courtiers ont assigné à la Villette et à Paris un seul et même chef-lieu pour le commerce d'argent et le courtage. Donc, la Cour de Paris, en reconnaissant le principe, en l'absence des formalités de droit commun, a faussement appliqué l'article 93 et violé l'article 95 du Code de commerce.

La Cour de cassation répond que la Cour n'a fait qu'une appréciation de faits échappant à toute censure; que, d'ailleurs, la loi n'ayant pas déterminé les conditions nécessaires pour qu'une commune soit rangée dans la classe des places de commerce, la Cour de Paris n'avait pu violer aucune disposition législative en plaçant la Villette dans cette classe.[1]

188. — Les termes de l'article 93 ont fait naître une autre difficulté. Le domicile distinct est-il tellement de rigueur qu'à son défaut le privilége dût être refusé malgré que la marchandise sur laquelle les avances ont été faites eût réellement été expédiée d'une place sur l'autre ?

[1] 6 Mai 1833.

La possibilité de remplir, dans ce cas, les formalités voulues par le droit commun a paru à M. Pardessus devoir motiver le refus du privilége, si ces formalités n'ont pas été observées. Mais cette doctrine n'a pas prévalu et ne pouvait pas prévaloir. Elle se méprend sur le véritable caractère des articles 93 et 95.

Le premier n'exige pas la différence de domicile entre le commettant et le commissionnaire ; le second ne prescrit les formalités de l'article 2074 que pour le dépôt de marchandises existant au lieu où réside le commissionnaire auquel elles sont consignées. Comment donc refuser le privilége si, en fait, les marchandises, se trouvant dans une localité plus éloignée, n'ont pu arriver que par leur transport; si le connaissement ou la lettre de voiture étant au nom du commissionnaire, celui-ci pouvait seul en disposer en cours de voyage et avant leur arrivée.

189. — Telle est l'interprétation que la Cour de Bordeaux adoptait, en réformant, le 24 décembre 1824, un jugement du tribunal de commerce de la même ville. L'article 93, disait l'arrêt, dispose en termes généraux et ne limite pas le privilége au cas où le propriétaire de la marchandise et le commissionnaire auraient une résidence différente ; il n'a eu nul égard à cette circonstance; il accorde indistinctement le privilége, et, en outre, en employant l'expression vague et indéterminée *d'un commettant,* il laisse induire qu'il n'a nullement considéré la résidence de ce commettant. Il suffit donc d'après cet article, pour que le privilége soit acquis, qu'il soit constant que les avances ont été faites sur la marchandise, et que

celle-ci ait été expédiée d'une autre place et mise à la disposition du commissionnaire.

Discutant ensuite l'objection puisée dans l'article 95, l'arrêt estime que celui-ci n'a en rien dérogé à l'article 93; qu'il n'a prévu que le cas où les contractants, ainsi que les marchandises, sont dans un même lieu; que cela résulte de ses termes, dans lesquels rien ne peut faire induire que le législateur a eu en vue les marchandises expédiées d'un autre lieu ; que si telle avait été son intention, il eût dû le déclarer d'une manière expresse, puisque le contraire résultait des dispositions de l'article qui précède presque immédiatement, qu'on peut même dire que les expressions dont il s'est servi repoussent cette interprétation, puisqu'en effet l'article parle de marchandises déposées ou consignées; que ce dépôt ne peut être fait que de marchandises qui sont dans le lieu même, et que l'article 93 ayant déjà statué sur les marchandises consignées dans un autre lieu, la consignation dont parle l'article 95 ne saurait s'entendre, comme pour le dépôt lui-même, que de celle de marchandises se trouvant sur le lieu..., etc.

Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation, mais, loin de le censurer, la Cour suprême lui donna la plus entière approbation, en consacrant expressément *que l'article 95 n'est relatif qu'aux prêts sur nantissement que feraient des marchands à d'autres marchands du même lieu sur des marchandises sorties des magasins des premiers pour être portées dans les magasins des autres, à l'effet de servir de gage à ceux-ci.*[1]

[1] Cass., 7 décembre 1826.



« La cause déterminante du privilége est donc, non la différence de résidence, mais uniquement le lieu où se trouve la marchandise sur laquelle les avances ont été faites. Ces avances sont garanties par le privilége dès que la marchandise ne peut arriver aux mains du commissionnaire que par un voyage, et que celui-ci en a été mis en possession par un connaissement ou une lettre de voiture.

190. — Mais le voyage de la marchandise est de rigueur, parce qu'alors seulement la condition d'expédition d'une place sur une autre se trouvera remplie. Ainsi si les marchandises doivent être vendues sur le lieu où elles se trouvent, la consignation qui en serait faite au commissionnaire, avec mandat d'en réaliser la vente, serait impuissante à lui conférer le privilége.

C'est ainsi que le décidait la Cour de Paris dans l'espèce suivante :

Les sieurs Hervieu et Comp., de Nantes, avaient expédié en consignation, aux sieurs Baunier et Hélain, négociants à Paris, une partie considérable de denrées coloniales, sur laquelle ceux-ci s'étaient engagés à faire des avances. Ces marchandises furent déposées à la Villette, dans l'entrepôt d'un sieur Piednoël, qui donna à Baunier et Hélain un reçu en son nom de cette expédition. Peu de temps après, Baunier et Hélain, à l'insu de la maison Hervieu, placèrent cette consignation sous le nom de Signol Richer qui, sur cette garantie, leur avance une somme de 126,000 fr.

Baunier et Hélain s'étaient réservé le droit de vendre,

à la charge de remplacer avant l'échéance de leurs obligations; celui de retirer la marchandise, en remboursant le montant des avances. Signol Richer n'avait le pouvoir de vendre que s'il n'était pas payé aux échéances convenues.

Ainsi la marchandise restait à la Villette, non-seulement elle n'était pas expédiée à Paris, mais il n'était pas même convenu qu'elle devait l'être.

Baunier et Hélain tombent bientôt en faillite. La maison Hervieu revendique ses marchandises. Cette prétention est combattue par Signol Richer, demandant le remboursement préalable de ce qui lui est dû, et réclamant le privilége de l'article 93.

Hervieu résiste et soutient que Signol Richer n'est ni recevable ni fondé à invoquer le bénéfice de cette disposition, que les marchandises ne lui étaient pas expédiées et devaient être vendues à la Villette. Mais ces exceptions sont repoussées par le tribunal de commerce de la Seine, qui admet le privilége.

Appel par Hervieu, et, le 12 mai 1842, arrêt infirmatif de la Cour de Paris :

« Attendu en droit que le privilége établi en faveur du commissionnaire, par l'article 93 du Code de commerce, suppose, comme première condition, l'existence du contrat de commission ; que ce contrat a pour objet principal la vente de la marchandise dans l'intérêt du commettant, et que le privilége accordé au commissionnaire a pour but de faciliter cette vente ; qu'il diffère essentiellement du contrat de gage, qui a pour objet la garantie d'une dette à contracter ou à proroger ; que dans le con-

trat de gage le but du privilége est de faciliter les avances, et que la vente du gage s'opère non dans l'intérêt du débiteur, mais dans celui du créancier;

« Attendu que les articles 93 et 95 du Code de commerce ont restreint le privilége du commissionnaire au seul cas où il est réclamé par les nécessités du commerce, c'est-à-dire lorsque le commettant et le commissionnaire ne résident pas dans le même lieu, et que les marchandises ont été expédiées au commissionnaire d'une autre place ; qu'il ne faut pas étendre ce privilège ainsi limité au contrat de gage, auquel est attaché un privilége spécial, soumis à des conditions déterminées par les articles 2073 et suivants du Code Napoléon.

« Attendu, en fait, que Signol Richer n'a pas été mandataire-commissionnaire de Baunier et Hélain pour les marchandises déposées à la Villette ; qu'il résulte des faits et documents de la cause que Signol Richer est domicilié, comme Baunier et Hélain, à Paris ; qu'il n'a point à la Villette de commis ni de maison de commerce ; que les marchandises étaient déposées dans des magasins dont Piednoël est locataire et sont assurées au nom de celui-ci ; que si Signol Richer avait reçu de Baunier et Hélain le pouvoir de vendre dans un cas déterminé, il est évident que le mandat ne lui a pas été donné dans l'intérêt de Baunier et Hélain, mais à titre de garantie, dans son seul intérêt; qu'il n'y a eu entre Signol Richer et Baunier et Hélain qu'un véritable prêt sur gage qui, dénué des formes et conditions déterminées par la loi, ne peut produire aucun effet,[1]

[1] *J. D. P.*, 1, 1842, 694.

191. — L'appréciation que la Cour de Paris fait du caractère du contrat paraît rationnelle et juste. La nature de l'opération, la faculté de vendre subordonnée au défaut de remboursement, enfin l'absence d'expédition de la marchandise justifiaient la conclusion que l'arrêt consacre.

Il est à regretter seulement que la nécessité d'un domicile distinct ait été considérée comme la condition du privilége du commissionnaire. Nous venons de voir que l'identité de résidence est fort indifférente lorsqu'en fait les marchandises ont été expédiées d'une autre place.

192. — Nous considérons également comme peu admissible la considération que le commissionnaire n'avait ni commis ni magasins au lieu où la marchandise se trouvait. Supposez, en effet, que Signol Richer, au lieu de traiter avec Baunier et Hélain, eût fait des avances à la maison Hervieu, est-ce que son privilége sur les marchandises expédiées de Nantes sur la Villette et consignées en son nom eût pu être contesté.

L'article 93, en effet, n'exige pas que la marchandise arrive au domicile du commissionnaire, il suffit qu'elle lui soit adressée d'une autre place et placée au lieu de sa destination, à sa disposition immédiate. Rien ne s'oppose donc à ce que le commissionnaire la place dans les magasins qu'il désigne, n'en ayant lui-même aucun dans la localité, et en dispose par le ministère d'un tiers, comme il le ferait par lui-même ou par un commis.

La nécessité de l'envoi au domicile personnel du commissionnaire était invoquée dans une espèce soumise à la

Cour de Bordeaux, mais l'arrêt la repoussa, et consacra le privilége contesté.

Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation, et voici comment s'exprimait le conseiller rapporteur, l'honorable M. Brière de Valigny.

« La question n'est pas nouvelle, et si la jurisprudence a été quelque temps incertaine, elle semble maintenant fixée dans le sens de la décision attaquée ; il suffit, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 93, que les marchandises aient été expédiées pour être vendues sur une place autre que celle où réside le commettant, et que sur cette autre place le commissionnaire, qu'elle que soit d'ailleurs sa résidence personnelle, ait eu mission d'opérer ou de faire opérer par ses agents la vente des marchandises expédiées. »

Sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Pascalis, la Cour, par arrêt du 1er juillet 1841, rejette le pourvoi, et déclare qu'aucune disposition de loi n'exige que le commissionnaire ait son domicile ou sa résidence dans le lieu où les marchandises sont envoyées.[1]

Ainsi il n'est pas indispensable que la marchandise sur laquelle les avances ont été faites parte du lieu où réside le commettant et arrive au domicile du commissionnaire, il suffit qu'elle ait réellement voyagé d'un lieu à un autre, et qu'à son arrivée à destination elle soit à la disposition du commissionnaire. D'une part, en effet, le commmissionnaire faisant des avances sur les marchandises soumises à un transport, n'a fait confiance qu'en

[1] J. D. P., 1, 1841, 319.

la chose; de l'autre, le gage qu'il a exigé, il le possèdera soit personnellement soit par l'intermédiaire du tiers qu'il a préposé à sa réception. Son privilége est donc incontestable.

193. — L'économie de la jurisprudence que nous venons d'analyser peut se résumer dans cette proposition. Exécution stricte des conditions prescrites par l'article 93, mais rien en deçà ni au delà; on ne peut pas plus suppléer, pour faire repousser le privilége, à ce qu'il n'exige pas formellement, qu'on ne pourrait accorder ce privilége en dehors de ses prescriptions. C'est cette règle qui a servi à résoudre les autres difficultés que l'application de l'article 93 a fait surgir, notamment les questions de savoir si l'expédition doit être faite au nom du commissionnaire, si celui-ci doit être autorisé à vendre, si la négociation d'un connaissement sur place transfère valablement le privilége.

194. — Que la marchandise doive être expédiée au commissionnaire, c'est ce qui ne saurait être contesté. Son privilége, sans être à proprement parler celui du créancier gagiste, participe essentiellement de celui-ci, et la preuve c'est le droit de rétention qu'il confère. Or, ce droit suppose virtuellement la possession de la chose. Comment en concevoir l'existence si le commissionnaire n'a jamais eu, n'a jamais dû avoir cette possession. A quel titre réclamerait-il, soit le droit de la retenir, soit le privilége lui-même?

Mais ne doit-on, ne peut-on admettre l'existence de

cette possession que lorsque le commissionnaire sera matériellement nanti, ou que lorsque le connaissement ou la lettre de voiture sera en son nom personnel? L'affirmative enlèverait à l'article 93 une grande partie des avantages en vue desquels il a été consacré et méconnaîtrait non-seulement l'intention du législateur, mais encore l'intérêt et les exigences du commerce.

Bien souvent, en effet, l'expéditeur ignore, au moment de l'expédition, quelle sera la personne qui consentira à lui avancer les sommes dont il a besoin pour consommer son opération et en assurer le succès. Il expédie cependant parce qu'il n'obtiendra des avances qu'en justifiant que les marchandises sont en route. Faudra-t-il qu'il se procure d'abord un prêteur, que, la convention arrêtée avec celui-ci, il donne l'ordre d'expédier, et qu'ayant reçu le connaissement ou la lettre de voiture, il vienne les échanger contre les avances que le commissionnaire ne réalisera, s'il veut s'assurer le privilége, que contre la remise de ces pièces?

Il y a dans cet agissement une perte de temps telle qu'elle suffirait dans bien des cas pour faire avorter la spéculation du commettant. Or, le sacrifice du temps n'est ni dans l'intérêt, ni dans les convenances du commerce. On ne saurait donc l'imposer sans méconnaître ouvertement et celles-ci et celui-là.

L'usage commercial a su prévenir et conjurer ce danger. L'expédition suit immédiatement l'achat. Mais le connaissement ou la lettre de voiture est conçu à ordre, ce qui permet de justifier de la mise en route de la mar-

chandise. Lorsque l'expéditeur voudra obtenir des avances, il n'aura qu'à endosser le titre en faveur de celui avec qui il traite.

Cet endossement confère au bénéficiaire la possession virtuelle des effets. Lui seul peut désormais en disposer, puisque ce n'est qu'au porteur du connaissement ou de la lettre de voiture qu'ils peuvent être remis, et que le capitaine ou le voiturier qui les livreraient même au propriétaire sans exiger la restitution de l'un ou de l'autre répondrait de leur valeur à celui qui l'aurait en mains. Cet endossement transfère la propriété elle-même à l'acheteur, puisque la vente sur connaissement ou lettre de voiture est licite et régulière. Comment dès-lors lui refuser l'effet de conférer la simple possession?

Les tentatives faites dans ce sens ont toujours été infructueuses. La négociation d'un connaissement à ordre n'a pas cessé d'être considérée comme l'équivalent de l'expédition. Décider le contraire, disait le tribunal de commerce de Marseille, ce serait placer le propriétaire des marchandises en cours de voyage dans une position cruelle, car il ne pourrait recevoir des avances d'après l'article 93; et sa marchandise étant encore en route, il ne pourrait non plus user du bénéfice de l'article 95, qui se réfère aux formalités prescrites par le Code Napoléon, puisque l'article 2074 exige pour la validité du nantissement que le gage soit mis entre les mains du prêteur. Il serait donc réduit à vendre pour se procurer les ressources qui peuvent lui être nécessaires. Mais la vente peut être impossible, l'état de baisse tel, que la perte à éprouver soit importante. Or, il n'était ni dans les habi-

tudes, ni dans l'intérêt du commerce de se prêter à de pareilles éventualités.

En conséquence, le tribunal se prononce en faveur du commissionnaire et lui accorde le privilége qu'il réclamait. Sur l'appel, son jugement était confirmé avec adoption des motifs, par arrêt de la Cour d'Aix, du 25 août 1831.[1]

195. — Dans cette espèce s'offrait cette circonstance que la négociation du connaissement avait eu lieu à Marseille, résidence du commissionnaire, et avait été faite directement par l'expéditeur se trouvant de passage dans cette ville. De là l'objection que commettant et commissionnaire se trouvant dans la même ville, l'article 95 devenait seul applicable.

Cette objection fut repoussée et devait l'être. Comment, en effet, confondre l'apparition momentanée d'un commerçant sur une place de commerce, où il est accidentellement appelé par ou pour une affaire, avec la résidence dont parle l'article 95? Celle-ci ne peut évidemment s'entendre que du lieu habité par le commerçant, où il a son établissement, ses magasins, où se trouve en un mot le centre de ses affaires. L'article 95 ne pouvait donc être invoqué.

Il ne pouvait l'être sous un autre rapport. Nous venons de voir que, même dans le cas d'une résidence unique,

[1] V. en ce sens : Douai, 12 avril 1828 ; Cass., 8 juin 1829 ; Paris, 3 juillet 1835 ; Rouen, 29 novembre 1828 ; Douai, 29 novembre 1843 ; *J. D. P.*, 2, 1838, 577 ; 2, 1844, 154. *Inf.*, n° 205.

le privilége est acquis si en fait la marchandise y est arrivée d'une autre place, si elle a réellement voyagé. Or, dès que la marchandise est en cours de voyage, et que la négociation a lieu à l'endroit où elle doit arriver, la condition d'expédition d'une place sur une autre est remplie, et le privilége des avances faites après et pendant la durée du voyage est légalement acquis au commissionnaire.

196. — Faut-il, pour que le commissionnaire puisse se prévaloir de l'article 93, que la consignation des marchandises ait été accompagnée du mandat spécial d'en opérer la vente? L'affirmative a été soutenue jusqu'au point de prétendre que ce mandat est une condition tellement irritante, que son absence crée un obstacle absolu à tout privilége.

Sans aucun doute l'article 93 considère la vente comme le but de l'expédition, ce qui a permis à la Cour de Paris de dire, dans son arrêt du 12 mai 1842, que l'objet principal du contrat de commission est la vente des marchandises dans l'intérêt du commettant. En fait, c'est ce qui dans la pratique journalière se réalise le plus ordinairement. Le commissionnaire ne se décide le plus souvent à faire les avances qu'en vue de la commission qu'il percevra sur le produit de la vente.

La certitude de cette pratique explique les termes de l'article 93. La loi ne s'occupe que de ce qui s'offre le plus souvent. Mais en l'indiquant elle n'exclut nullement les exceptions que la règle qu'il en induit est dans le cas de subir.

Ce que nous concluons, nous, des termes de l'article 93 et de la nature de l'opération à laquelle ils se réfèrent, c'est que le mandat de vendre n'a pas besoin d'être exprimé; qu'il est la conséquence forcée de l'opération elle-même, qu'il est de droit sous-entendu entre les parties, et qu'il ne peut être dénié que s'il a été formellement interdit par la convention.

Sans doute la vente intéresse directement le commettant, mais on ne saurait raisonnablement soutenir qu'elle est indifférente pour le commissionnaire. N'est-ce pas par sa réalisation qu'il rentrera dans ses avances, ce qui lui permettra de se livrer à d'autres opérations plus fructueuses; qu'il percevra son droit de commission, légitime profit sur lequel il a dû compter. La consommation de la vente entre donc dans ses prévisions, et lorsque, en présence de cet intérêt et de la certitude de ces prévisions, le commettant s'est tu, ne doit-on pas admettre qu'il a entendu s'en référer à l'usage rappelé par l'article 93, et universellement pratiqué.

197. — Nous allons plus loin encore, et sans hésiter nous accorderions le privilège alors même que le mandat de vendre eût été refusé. N'est-il pas en effet singulier qu'on veuille subordonner le privilége à la destination que les marchandises recevront? Mais si la vente seule peut en assurer le bénéfice, que décidera-t-on si elle ne se réalise pas, soit que le prix limité ne puisse être atteint, soit que l'expéditeur veuille reprendre sa marchandise pour en disposer autrement. Le commissionnaire devra-t-il être privé du gage sous la garantie

duquel il avait contracté? Un pareil résultat est si peu dans la pensée de la loi, que le droit de rétention qu'elle autorise a précisément pour objet de parer à cette éventualité.

Or, ce droit suffit au commissionnaire qui n'a à recourir au privilége que lorsque la vente ayant eu lieu il veut se faire payer sur le produit. La concession de ce droit tranche à elle seule la question. Qu'est-il, en effet, si non le plus énergique des priviléges? On ne pourra bien certainement prétendre en subordonner l'exercice au mandat de vendre, puisque, la vente réalisée, son exercice serait impossible.

Il suffit donc que le commissionnaire soit en possession, soit matériellement, soit virtuellement de la marchandise expédiée d'une place sur une autre, pour qu'il soit fondé à revendiquer le privilége que confère l'article 93. Ce privilége est attaché à la possession et nullement à la destination future de la marchandise.

C'est dans ce sens que la Cour de Nancy se prononcait, le 14 septembre 1838. « Attendu, disait l'arrêt, que le mandat de vendre est si peu l'une des conditions constitutives du privilége, que pour le nantissement civil ce privilége existe malgré la défense expresse que la loi fait au créancier de disposer du gage, alors même qu'il y serait autorisé par le propriétaire; que l'article 93 parle seulement des marchandises destinées à être vendues, sans dire que la vente en sera faite plutôt par le commissionnaire que par le propriétaire; que décider que le privilége n'existe pour le consignataire qu'autant qu'il aurait reçu du propriétaire le mandat spécial de vendre,

ce serait ajouter au texte de la loi, aller au-delà de ses prévisions et méconnaître son esprit.[1]

198. — Donc, d'une part, l'expédition d'une place sur une autre; de l'autre, la détention matérielle ou intentionnelle des effets expédiés assurent le bénéfice de l'article 93, pourvu toutefois que l'une et l'autre n'aient pas un but déterminé entachant la possession du vice de précarité, *Puta* si l'expédition n'avait été faite au commissionnaire qu'en qualité d'intermédiaire chargé de remettre la marchandise à un tiers. Dans ce cas, le commissionnaire ne pourrait exciper de sa qualité de créancier. Vainement aurait-il fait des avances à l'occasion de l'expédition, il n'aurait aucun droit à la marchandise, et ne pourrait refuser de la remettre au destinataire désigné. *Valde iniquum esset*, disait Casaregis, *et contra omnem fidem, quod si quis transmitat ad alterum suas merces alteri consignandas, possunt retineri, ex quavis differentia.*

Il en serait de même si la marchandise étant consignée pour être vendue, le prix avait été affecté à un emplo- déterminé. Cette affectation enlèverait au commissionnaire tous droits sur ce prix, le constituerait, quant à ce, simple mandataire responsable de l'inexécution du mandat et tenu de réparer le préjudice que le commettant en éprouverait.

199. — L'exercice du privilége suppose que le béné-

[1] *J. D. P.*, 2, 1845, 128.

ficiaire est nanti des effets qu'il entend affecter. Le privilége de l'article 93, étant en quelque sorte celui du gagiste, n'est acquis que par la possession des choses sur lesquelles il porte.

Or, cette possession ne saurait être ni douteuse, ni contestée lorsque, au moment où le privilége est mis en question sur les marchandises expédiées, ces marchandises sont réellement à la disposition du commissionnaire, dans ses magasins ou dans un dépôt public.

Sont considérés comme magasins du commissionnaire, tous ceux où la marchandise a été reçue et déposée pour son compte et en son nom. On devait, pour être juste encore, assimiler les dépôts publics dans lesquels la marchandise a dû arriver, à cause de sa nature ou parce que la vente devait être à l'entrepôt pour laisser le payement des droits à la charge de l'acheteur. Mais il en est des dépôts publics comme des magasins particuliers, la marchandise doit y être inscrite au nom du commissionnaire, sans quoi, n'en ayant pas la disposition, la condition essentielle à l'exercice du privilége ne serait pas remplie.

200. — Il était facile de prévoir que le litige sur le privilége s'élèverait souvent pendant que la chose expédiée serait encore en cours de voyage, et avant son arrivée aux mains du commissionnaire. Devait-on, dans cette hypothèse, refuser le privilége ? La solution affirmative avait, pour conséquence directe, de placer le commissionnaire dans la nécessité de ne faire des avances qu'après l'arrivée des marchandises et contre leur réception, ce qui enlevait au contrat de commission une très

grande partie de son utilité, et privait le commerce des secours qu'il devait y puiser.

Les auteurs du Code ont, avec raison, reculé devant un pareil résultat. Qui veut la fin doit vouloir les moyens, et puisque tout le monde rendait hommage au caractère du contrat de commission et reconnaissait à quel haut degré il intéressait le commerce, on ne devait pas hésiter à lui donner tout le développement dont il était susceptible. De là, l'admission du privilége, à la seule condition pour le commissionnaire de justifier de l'expédition soit par un connaissement, soit par une lettre de voiture. Nous venons de voir que cette condition est remplie par le transfert du connaissement ou de la lettre de voiture à ordre.

201. — C'est là un droit nouveau introduit par le Code. Sous notre ancienne législation, en effet, la possession du connaissement ne conférait pas le privilége sur les effets du chargement à raison des avances faites par le commissionnaire ou le consignataire. Ce privilége n'était acquis et ne pouvait être reclamé qu'autant qu'il y avait nantissement matériel et réel, c'est-à-dire que les effets chargés étant arrivés se trouvaient en mains du commissionnaire, c'est ce que la Cour de cassation décidait formellement le 3 brumaire an XII.

Nous venons de voir les inconvénients de ce systéme qui rendait les anticipations irréalisables au moment précisément où elles étaient réellement utiles, quelquefois même indispensables. On ne peut qu'applaudir à son abrogation, d'ailleurs légitimée par les principes les plus certains.

Qu'importe, en effet, que les marchandises soient ou non rendues à leur destination, si, en fait, le commissionnaire en a seul la libre et entière disposition. C'est celle-ci que lui confère la possession du connaissement ou de la lettre de voiture, puisque le capitaine ou le voiturier ne peuvent remettre qu'à lui les effets dont ils sont chargés, sans pouvoir les restituer à l'expéditeur, ni obéir au changement de destination qu'il prescrirait. Il faut le reconnaître, en cet état, si le commissionnaire ne détient pas personnellement les effets sur lesquels il a fait les avances, il les détient incontestablement par le capitaine, par le voiturier devenu ses agents. Or, la possession par un autre n'est-elle pas consacrée par l'article 2228 du Code Napoléon ?

La disposition du Code de commerce n'est donc qu'un retour aux véritables principes. Elle a de plus l'avantage d'imprimer au contrat de commission le développement et l'étendue que les besoins du commerce exigeaient.

202. — Pour produire l'effet que consacre l'article 93, le connaissement doit être régulier, et il n'est tel que s'il réunit les conditions prescrites par l'article 281 du Code de commerce. Mais cet article lui-même a pris soin de déterminer le caractère de l'obligation d'indiquer le nom du destinataire. Elle n'est pas rigoureusement exigée par la loi, puisque le connaissement peut être à ordre ou au porteur. Dans ce dernier cas, la transmission s'opère par une simple remise de la main à la main. Dans le premier, elle a lieu par endossement.

Donc le commissionnaire produisant un connaisse-

ment au porteur ou à ordre endossé en sa faveur, a privilége sur le chargement, à raison des avances qu'il a faites sur celui-ci. Ce résultat, cependant, a fait naître une double difficulté. Nous avons déjà indiqué la solution qu'avait reçue celle sur le fond.[1]

203. — En la forme, on a soutenu que l'endossement doit réunir les conditions prescrites par les articles 137 et 138 du Code de commerce, que, dans le cas d'inobservation, l'endossement, étant irrégulier, ne pouvait conférer le privilége.

Un arrêt de la Cour de Douai, du 14 avril 1838, avait repoussé cette prétention, mais, à la suite du pourvoi dont il fut l'objet, cet arrêt était cassé le 1er mars 1843.

Il s'agissait, dans l'espèce, d'un endossement qui n'énonçait pas la valeur fournie. La Cour régulatrice pose en principe qu'en vertu des articles 137 et 138, un pareil endossement ne vaut que comme simple procuration ; que ce principe est général et absolu ; qu'il s'applique à tous les effets à ordre, lettres, billets, polices d'assurance, contrats à la grosse, connaissements ; que dès-lors le connaissement à ordre ne peut conférer le privilége au commissionnaire qu'autant qu'il lui est transmis régulièrement, c'est-à-dire au moyen d'un endossement conforme aux prescriptions de l'article 137.[2]

204. — Cet arrêt nous paraît dicté par une confusion qu'on ne rencontre pas ordinairement dans les décisions

[1] *Sup.*, n° 194.
[2] *J. D. P.*, 1, 1843, 367.

de la cour suprême. Oui, les conséquences qu'il tire des articles 137 et 138, et leur application à la négociation du connaissement sont incontestables.

Mais quand pourront-elles aboutir? Uniquement, à notre avis, lorsque le porteur du connaissement réclamera les effets qui y sont mentionnés à titre de propriétaire ; qu'il prétendra les avoir acquis. La vente sur connaissement est parfaitement licite, elle transfère régulièrement la propriété. Mais ce transfert est subordonné au caractère de l'endossement, il n'est acquis que si les conditions de l'article 137 sont remplies. Il est donc évident que, si elles ne l'ont pas été, la propriété est restée sur la tête de l'endosseur, qui est légalement présumé n'avoir donné qu'une procuration.

L'irrégularité de l'endossement ferait donc justement repousser la demande du porteur se prétendant propriétaire des effets désignés dans le connaissement. Mais le commissionnaire n'élèvera jamais cette prétention. Il ne se présentera jamais que comme mandataire à la consignation ou à la vente, et c'est à l'existence de cette qualité que le privilége est attaché. D'ailleurs, la demande de celui-ci exclut toute idée de propriété, car leur inconciliabilité est évidente et certaine autant qu'incontestable.

On ne saurait donc lui opposer l'article 137, parce que les conditions qu'il prescrit ont pour objet unique l'endossement translatif de propriété. L'article 138, loin de fournir une arme contre lui, deviendra en sa faveur un argument péremptoire. L'endossement irrégulier vaut comme procuration, dira-t-il; or, je n'entends pas lui faire produire un autre effet, je n'ai jamais été que man-

dataire, et comment me refuser une qualité que cet article consacre lui-même.

205. — Nous ne sommes donc pas étonné que, malgré la cassation de son arrêt, la Cour de Douai ait persisté dans sa jurisprudence, et que, de nouveau saisie de la question, elle l'ait résolue le 5 janvier 1844, comme elle l'avait fait le 14 avril 1838. Nous transcrivons les motifs du dernier arrêt parce qu'ils sont la justification la plus explicite de notre thèse et la réponse la plus péremptoire à la doctrine de la Cour de cassation.

« Attendu que, pour juger de la validité d'un contrat et du titre qui le constitue, il faut considérer quelle est la nature du contrat;

« Attendu qu'il s'agit dans la cause non d'une convention de vente ou de cession, mais d'un contrat de mandat ou de commission; que, par ce contrat, Lecomte n'a transmis à Lacroix aucun droit de propriété sur la marchandise à lui expédiée; qu'il l'a seulement chargé de recevoir et de vendre pour son compte lesdites marchandises sur lesquelles il lui a demandé des avances; que relativement à un tel contrat il n'a été ni pu être question entre les parties, ni du prix de vente, ni de valeurs fournies en retour d'une chose qui ne passait pas dans le domaine du commissionnaire;

« Attendu que l'endossement n'est autre chose qu'un écrit destiné à constater le contrat intervenu entre l'endosseur et le preneur; que si le contrat est translatif de propriété, comme il arrive le plus souvent en matière de lettres de change, billets à ordre, contrats à la grosse,

l'endossement doit énoncer la valeur fournie par le cessionnaire au cédant; mais que par la nature des choses il en est autrement si la propriété restant à l'endosseur n'est pas transmise au preneur; que la loi elle-même consacre ce principe dans l'article 138, qui n'annule pas l'endossement ne renfermant pas toutes les énonciations de l'article précédent, mais qui lui imprime seulement le caractère de procuration ;

« Attendu que la transmission d'un connaissement par un commettant à un commissionnaire, en vue des articles 91 et suivants, n'étant qu'un mandat, l'endossement ne doit pas, pour être valable, exprimer la valeur fournie; que la nature de la convention est même exclusive de la possibilité d'une telle exécution; que l'expression de cette valeur ferait dégénérer en un autre contrat la convention réellement intervenue entre les parties; que le commettant doit et peut d'autant moins exprimer une valeur, que l'endossement a lieu le plus souvent hors la présence du commissionnaire, à son insu, et à l'occasion d'un contrat qui ne reçoit sa perfection que postérieurement et par l'acceptation du commissionnaire... » [1]

La cassation de son précédent arrêt faisait un devoir à la Cour de Douai, persistant dans sa jurisprudence, de s'expliquer avec une netteté telle que la confusion, qui paraît avoir entraîné la Cour régulatrice, devint impossible. On peut voir combien ce devoir a été rempli. La Cour de Douai est évidemment dans le vrai, et les con-

[1] *J. D. P.*, 1, 1845, 224.

sidérations qui la déterminent sont en tous points aussi juridiques que rationnelles.

Nous n'ajouterons qu'une seule observation. Supposez que le connaissement soit au nom direct du commissionnaire, subordonnera-t-on le privilége à l'expression de la valeur fournie? Nul ne le soutiendra jamais. Mais alors pourquoi l'exiger dans la transmission du connaissement à ordre? L'endossement, dans ce cas, n'a qu'un objet, qu'un but unique, à savoir : d'indiquer le destinataire dont le nom ne se trouve pas dans le connaissement, et de compléter celui-ci. On ne peut donc décider dans ce cas autrement qu'on ne le ferait dans l'autre ; il ne s'agit jamais que de recevoir la marchandise des mains du capitaine, et une pareille opération exclut toute idée d'obligation de fournir ou d'exprimer une valeur quelconque.

Donc la possession du connaissement, de quelque manière que soit endossé celui qui a été souscrit à ordre, constitue le commissionnaire en possession de la marchandise en cours de voyage : et si cette marchandise a été réellement expédiée d'une place sur une autre, les avances faites à son occasion et contre la remise du connaissement sont garanties par le privilège de l'article 93. L'article 137 devient inapplicable dès qu'il s'agit, non du transfert de la propriété, mais du mandat de recevoir et de vendre.

206. — L'article 93, en admettant comme preuve de l'expédition le connaissement ou la lettre de voiture seulement, exclut-il tout autre mode? Quel est le caractère de sa disposition à ce sujet?

Ces questions paraissent résolues par la matière à laquelle elles se réfèrent. Les priviléges sont de droit étroit, et puisqu'ils ne peuvent être établis que par la loi, ils ne sont acquis que dans les conditions prescrites par la disposition qui les crée. Ce principe conduirait à cette conséquence que, puisque l'article 93 subordonne le privilége à la preuve de l'expédition et limite cette preuve à la représentation d'un connaissement ou d'une lettre de voiture, tout autre mode s'écartant de ses prescriptions se place en dehors de son application et exclut par conséquent ce privilége.

207. — La Cour de Douai méconnaissait ce principe lorsqu'elle décidait, le 17 mai 1820, que la disposition de l'article 93, quant au mode de constater l'expédition, n'était pas exclusive, et que l'expédition pouvait être prouvée par les lettres de l'expéditeur, et par la représentation d'un engagement contracté par le commissionnaire de roulage de faire parvenir ces marchandises au consignataire, engagement qui a été remis entre les mains de ce dernier par l'expéditeur.

Cette solution n'implique pas seulement une contradiction formelle au principe que nous venons de rappeler, elle a encore le tort grave de méconnaître l'esprit de la loi. En effet, le privilége du commissionnaire trouve sa raison d'être dans la certitude que les avances ont été faites à la chose elle-même bien plutôt qu'à la personne. C'est ce qui l'a fait et dû faire subordonner à la détention de la chose, soit matérielle, soit virtuelle. Or celle-ci résulte évidemment du connaissement ou de

la lettre de voiture. L'une ou l'autre prouve, en effet, la mise en route de la marchandise, et la place à la disposition du commissionnaire. Celui qui est chargé du transport ne peut plus la restituer à l'expéditeur qui la lui a confiée. il est obligé sous sa responsabilité à la rendre au porteur du connaissement ou de la lettre de voiture et dès-lors autorisé et tenu de ne pas obéir au contre-ordre qui lui serait donné, ou au changement de destination qui lui serait prescrit.

Comment est-il possible d'assimiler à ces documents les lettres de l'expéditeur ou l'engagement de l'entrepreneur de roulage. Ce qui peut résulter de ces pièces, c'est l'annonce d'une expédition plus ou moins prochaine, et non la preuve de cette expédition restant à faire. L'expéditeur conserve la faculté de ne pas tenir sa promesse et de reprendre sa marchandise ou de l'envoyer ailleurs.

En sera-t-il empêché par l'engagement de l'entrepreneur de roulage auquel il a remis cette marchandise? Mais cet engagement n'est que la constatation et de la remise et de l'ordre de transporter la marchandise à la destination indiquée. Dès-lors, si un contre-ordre est signifié avant le départ, si l'expéditeur redemande sa marchandise sur la remise d'une décharge, quel droit aura l'entrepreneur de refuser de se conformer au contre-ordre, ou de restituer la marchandise. L'engagement n'a donc une valeur réelle que si l'expéditeur persiste dans la volonté d'abord manifestée. C'est sous l'entente de cette condition qu'il a été souscrit, et le changement de volonté venant à se réaliser, l'entrepreneur n'a ni le droit

ni la faculté d'en discuter et d'en débattre les motifs. Il est obligé de s'y conformer.

Les documents auxquels la Cour de Douai attachait le privilége ne plaçant pas la chose à la disposition du commissionnaire qui a fait les avances, le privilége ne pouvait exister, ni être concédé sans violer l'esprit de la loi.

208. — A plus forte raison ne pouvait-il pas l'être, si en réalité la disposition de l'article 93, quant à la preuve, est limitative et restrictive. Ce caractère, qui résulte des principes, a été consacré par les Cours de Bruxelles et de Lyon.

La première déclarait, le 15 décembre 1821, que lorsque les avances ont été faites avant l'arrivée des marchandises, l'expédition ne peut être constatée que par une lettre de voiture ou un connaissement relatif à cette même expédition; que l'article 93 est restrictif; qu'ainsi une lettre du commettant et le connaissement relatif à l'expédition faite à ce commettant par courtiers ne sont pas des preuves suffisantes entre les mains du commissionnaire.

L'arrêt de Lyon, du 26 juillet 1837, décide: Que pour qu'il y ait lieu au privilége de l'article 93, il faut qu'il se rencontre l'un des cas déterminés par cet article; qu'on ne pourrait y suppléer par des cas plus ou moins analogues;

Qu'ainsi, un simple bordereau d'expédition, embrassant une plus ou mois grande quantité de marchandises pour diverses personnes et contenant des désignations

incertaines et équivoques, ne saurait tenir lieu du connaissement ou de la lettre de voiture.[1]

209. — L'expédition n'admet donc d'autre mode de preuve que celle prescrite par l'article 93, un connaissement ou une lettre de voiture. Mais l'article 102, qui trace la forme de celle-ci, est plûtôt indicatif que limitatif. Cette forme n'est pas substantielle. Les tribunaux peuvent donc considérer comme lettre de voiture le document qui renfermerait les principales indications exigées par l'article 102.

En conséquence, la Cour de Cassation jugeait, le 31 juillet 1844, qu'on doit considérer comme lettre de voiture, dans le sens de l'article 93, un bulletin détaché d'un registre à souche du voiturier, signé par celui-ci et par l'expéditeur à qui il est remis, et qui indique : 1° la nature et le poids des objets à transporter ; 2° le délai du transport ; 3° le nom du destinataire ; 4° le nom et le domicile du voiturier ; 5° le prix de la voiture ; 6° les marques et numéros des objets à transporter.[2]

On pourrait, à ce point de vue, penser que l'arrêt de Douai, de 1820, n'est qu'une application de cette règle. A l'appui on ne manquerait pas de faire remarquer que cet arrêt relève cette circonstance que le récépissé du commissionnaire de transport mentionnait les poids, jours de route, prix de voiture, nom du voiturier, qu'il

[1] *J. D. P.*, 1, 1838, 187.
[2] *J. D. P.*, 1, 1844, 673.

avait donc tous les caractères constitutifs de la lettre de voiture, à laquelle il fallait dès-lors l'assimiler.

Nous comprenons cette assimilation dans l'hypothèse d'un bulletin tel que le décrit l'arrêt de la Cour de Cassation. Un pareil bulletin est en effet une véritable lettre de voiture. Il renferme les énonciations exigées pour celle-ci, et, comme elle, a pour effet de placer la marchandise en la possession et à la disposition exclusive du commissionnaire réalisant des avances. Celui qui le délivre n'ignore pas la destination qui lui est affectée. Il ne pourrait donc ni restituer cette marchandise à l'expéditeur, ni lui donner une autre destination sans exiger la remise du bulletin précédemment délivré. A défaut de cette remise, il serait responsable, envers le porteur du bulletin, et tenu de l'indemniser du préjudice qu'il éprouverait de la restitution ou du changement de destination. Ce bulletin n'est donc en réalité qu'une lettre de voiture sous une autre qualification, et sous une autre forme qui facilite les expéditions en leur conservant leur caractère virtuel. Aussi le commerce n'a-t-il pas hésité à en adopter l'emploi, qui est aujourd'hui usuel. C'est ce qui, dans l'hypothèse jugée par la Cour de Cassation, était établi par de nombreux *parères* délivrés par la chambre de commerce, par des anciens présidents et juges consulaires, par les principaux commerçants de Paris, du Hâvre, de Dunkerque, de Bordeaux et de Marseille.

Le récépissé du commissionnaire de roulage n'est que la constatation du fait de la remise des effets, constatation exigeant l'indication de leur nature et de leurs poids. Les autres énonciations relevées par l'arrêt de Douai ne

sont à leur tour que la mention des conditions arrêtées entre le déposant et le dépositaire, et qui devront être exécutées si l'opération se consomme. Mais cette consommation est livrée à l'arbitraire de l'expéditeur qui peut changer d'avis et qui n'a pas même à restituer le récépissé. La décharge offerte et donnée par lui, la notification du contre-ordre annule de droit ce récépissé, et libère absolument le commissionnaire de transport.

Ce récépissé n'a donc pas d'autres effets que de prouver, en faveur du déposant, l'existence du dépôt et la destination qui lui est affectée au moment où il se réalise. Mais tant que l'opération n'est pas consommée, l'expéditeur conserve la faculté ou de reprendre la chose ou de changer la destination. Il conserve donc seul la possession et la disposition des effets. Dès-lors le privilége du commissionnaire n'a plus aucun fondement.

210. — En résumé donc, les juges peuvent bien décider que tel ou tel document équivaut à la lettre de voiture et la constitue, mais ils ne doivent se prononcer en ce sens que lorsque le document est de telle nature qu'il ne peut laisser aucun doute sur l'expédition, sur l'identité de la chose, et que lorsqu'il en a réellement conféré la disposition elle-même au commissionnaire.

211. — MM. Delamarre et Lepoitvin enseignent l'indispensable nécessité d'un connaissement ou de la lettre de voiture pour prouver l'expédition. Mais ils prétendent que le privilége étant la conséquence de la tradition virtuelle, celle-ci peut résulter, tantôt de la mise de la mar-

chandise en la possession du commissionnaire, tantôt d'une facture régulière.

« Lorsque, disent-ils, demeurant à Paris, je charge Jacques de Landerneau de vendre une marchandise en dépôt à la douane de Brest, il est clair que je ne puis lui remettre ni lettre de voiture ni connaissement de cette marchandise qui ne voyage pas. C'est mon commissionnaire qui cette fois voyagera vers la marchandise, à moins qu'il ne la fasse vendre par un délégué, ce qui revient au même. Que puis-je donc faire en pareille occurrence? Précisément ce que dit l'article 93 : C'est de mettre ma marchandise à la disposition de Jacques, qui m'a fait une avance de 6,000 francs, c'est-à-dire lui donner le pouvoir spécial de retirer mes effets de la douane, et de les vendre ensuite, dès-lors la douane devient son magasin. A coup sûr, si je faillis, et que tout se soit passé sans dol, les créanciers de ma faillite ne pourront contester le privilége de Jacques, lequel est tout aussi bien mon commissionnaire que si je lui eusse envoyé la marchandise de chez moi.

« Il en est de même s'il s'agit d'effets en mer, qui ne voyagent pas actuellement à la destination du commissionnaire, ou qui se trouvent dans une contrée au-delà des mers. La loi n'a pas prétendu priver un commerçant de la faculté de les consigner, pas plus que de la faculté de les vendre; ni par conséquent plus priver le commissionnaire de son privilége, que l'acheteur de son droit de propriété; que puis-je donc faire si je vous vends ou vous commets pour vendre ma marchandise qui est à la Martinique? Rien autre chose que de la mettre à votre

disposition. Or, la condition qui doit être faite à un commissionnaire étant, sauf la différence du but, précisément la même que celle qui doit être faite à un acheteur, il s'ensuit qu'au cas dont il s'agit la tradition est parfaite par la remise d'une facture clairement énonciative des effets consignés et du pouvoir de s'en saisir. En pareille occurence, une simple facture peut être translative de la propriété, *a fortiori* de la possession. Telle fut, dans tous les temps, la coutume commerciale, et, vu son importance, nous citerons ce qu'en dit Valin, liv. 2, tit. 10, art. 3.[1] ».

212. — On est étonné des préoccupations qui peuvent assaillir et dominer les meilleurs esprits. Il est évident que, dans les deux hypothèses que nous venons de transcrire, la question de privilége ne saurait même être agitée, par la raison qu'en droit le gage que suppose ce privilége exige la remise effective des choses affectées aux mains du créancier.

Il est vrai que l'article 93 a créé une dérogation à ce droit. Mais cette dérogation est établie pour un cas unique, celui d'une marchandise expédiée d'une place sur une autre, lorsque la marchandise est dans les magasins du commissionnaire; celui de la preuve de l'expédition par un connaissement ou une lettre de voiture, si elle est encore en cours de voyage. Comment sera-t-il dès-lors possible de se prévaloir de l'article 93, si non-seulement la marchandise n'a pas été expédiée, mais encore

[1] T. 2, n° 411.

si. destinée à être vendue sur les lieux où elle se trouve, elle n'a jamais dû l'être ? Le caractère exceptionnel de l'article 93 n'a-t-il pas pour conséquence forcée de le rendre inapplicable en dehors des conditions qu'il prescrit.

Est-il vrai d'ailleurs que, dans les deux hypothèses que nous examinons, le commissionnaire ait virtuellement la possession de la marchandise? Mais il n'a reçu que le pouvoir de s'en saisir et de la vendre, c'est-à-dire qu'il est uniquement appelé à faire acte de son ministère. Il reste donc en présence d'une révocation qui lui retirerait le mandat. Comment pourrait-il l'empêcher, et quel droit aura-t-il sur la marchandise, si le pouvoir qui lui est retiré est confié à un autre.

Dans le cas de la remise d'un connaissement ou d'une lettre de voiture, le commettant est bien libre de revoquer son mandat, mais il ne peut ni reprendre la chose expédiée ni en changer la destination. Tant qu'il ne l'aura pas rendu, le commissionnaire qui l'a en mains est assuré de recevoir les effets qui y sont indiqués, et dès-lors en mesure, la révocation se réalisant, d'exercer son droit de rétention.

Le privilége ne saurait être réclamé dans le premier cas par le commissionnaire que si le commettant lui avait consenti un transfert en douane. Mais alors le privilége résulterait bien plutôt du droit commun que de l'article 93, le transfert tenant lieu de l'acte public exigé par l'article 2074 du Code Napoléon, et attribuant au commissionnaire non pas seulement la possession, mais encore la propriété.

213. — Dans la seconde hypothèse posée par nos auteurs, ou les effets sont en mer, et il y a nécessairement un connaissement. La remise d'une facture ne saurait dès-lors suppléer à celle de ce connaissement, car la marchandise ne peut être remise qu'à celui que celui-ci indique comme destinataire. Ce serait là une espèce analogue à celle jugée par la Cour de Bruxelles, le 16 mai 1821, et qui ne pourrait recevoir une autre solution.

Ou les effets qui sont à la Martinique n'ont pas été expédiés, et l'article 93 devient inapplicable faute de la condition qu'il exige impérieusement, et la constitution du gage ne peut obéir qu'au droit commun.

Que le propriétaire puisse les vendre sur simple facture et sans tradition réelle et effective, c'est là ce que nul ne contestera. Valin avait raison, les nécessités commerciales le voulaient ainsi, et la pratique l'a de tous temps sanctionné.

Mais, de ce que l'on peut vendre sur simple facture, s'ensuit-il qu'on pourra, en la même forme, constituer valablement un gage? L'article 95 répond à cette question. Les commerçants de la même localité ont certes le droit d'acheter ou de vendre entre eux sur simple facture, mais que deviendrait le gage uniquement constaté par remise de celle-ci? La réponse se trouve dans cet article 95.

La loi a donc distingué la vente de la mise en gage. Elle a été plus sévère pour celle-ci, parce que son effet est de blesser l'égalité qu'elle prescrit entre créanciers, d'avantager l'un au détriment des autres. Elle a donc

voulu, par les formalités qu'elle commande, prévenir les fraudes nombreuses qui pourraient être tentées dans cet objet, et qui seraient très difficiles à constater et à réprimer.

Maintenant, qu'en matière commerciale on se relâche de la rigueur du droit civil sur la tradition réelle et actuelle des choses données en gage, l'intérêt du commerce pourrait peut-être l'autoriser, mais à une condition, à savoir: que le transfert de la possession virtuelle fût établi avec certitude quant à son époque, à ses causes. Dans notre hypothèse, le privilége ne pourrait jamais être accordé, si tant est qu'il puisse l'être, que si la convention avait été faite avec toutes les formalités édictées par l'article 2074. Mais, même dans ce cas, comment le commissionnaire pourrait-il empêcher le commettant d'annuler le gage, en disposant lui-même des choses qui en faisaient la matière.

214. — La question de savoir si le commissionnaire fondé à réclamer le privilége de l'article 93 doit être préféré au vendeur de la marchandise non payée a été bien de fois agitée devant les tribunaux.

Dans l'intérêt de ce dernier, on a dit que la vente étant résolue, les parties se trouvaient dans la même position que s'il n'y avait jamais eu vente; que tous les droits et priviléges que les tiers auraient pu acquérir intermédiairement sur la marchandise doivent dès-lors être regardés comme non avenus à l'égard du revendiquant; enfin, que le privilége assuré au commissionnaire par l'article 93, en cas d'avances sur la marchandise qui lui est

expédiée, ne saurait avoir d'effet que vis-à-vis des autres créanciers du mandant et sur les marchandises appartenant à celui-ci.

Pour le commissionnaire, on s'est prévalu des articles 576 et 578 du Code de commerce. La vente, en a-t-on conclu, n'est pas résiliée de plein droit ; cette résiliation n'est même accordée que sauf les droits acquis depuis la vente. L'article 576 reconnaît formellement le droit des tiers, et en cas de faillite, si les marchandises ont été revendues avant leur arrivée et sans fraude, le privilége du vendeur non payé s'arrêtera devant le droit du tiers acheteur. Or, si les marchandises, avant tout payement, et même avant leur arrivée, ont pu être vendues, n'ont-elles pas pu également être affectées au privilége du commissionnaire?

Cette réponse a prévalu. Les considérations sur lesquelles elle se fonde ont fait pencher la balance en faveur du commissionnaire.

215. — Ainsi jugé :

Par la Cour de Bruxelles, le 13 novembre 1818, que le droit de revendication que l'article 576 du Code de commerce accorde au vendeur non payé ne peut être exercé au préjudice du privilége attribué au commissionnaire par l'article 93 ;

Par la Cour de Rouen, le 18 juillet 1827, que le commissionnaire qui a fait des avances sur les marchandises à lui adressées avec connaissement passé à son ordre par l'acheteur, peut réclamer sur les marchandises le privilége de l'article 93, même vis-à-vis du vendeur ou expé-

diteur, qui, même avant leur arrivée dans les magasins du commissionnaire, exerce la revendication autorisée par l'article 578 du Code de commerce ;

Par la Cour de cassation, le 8 juin 1829, que le vendeur qui revendique ses marchandises en cas de faillite de l'acheteur, doit rembourser préalablement les avances que le commissionnaire a faites au failli sur ces marchandises ;

Par la Cour de Douai, le 29 novembre 1843, que le vendeur des marchandises est sans qualité pour contester le privilége du commissionnaire, la loi n'ayant déclaré nuls les actes intervenus dans le cas de l'article 446, que contre le failli, au profit de tous les créanciers, et non dans l'intérêt individuel d'un créancier.[1]

216. — Donc, de 1818 à 1843, notre question n'a pas cessé d'être uniformément résolue. Nous n'avons rencontré dans nos Recueils de jurisprudence aucune indication d'arrêts contraires.

Pouvait-il en être autrement ? Le commissionnaire n'a prêté qu'en échange et sous la garantie de la possession effective ou virtuelle de la chose. Le transfert de cette possession n'a pu se réaliser que parce que le vendeur avait délivré sa marchandise aux mains de l'acheteur ; il a donc suivi la foi de ce dernier, tandis que le commissionnaire n'a fait confiance qu'en la chose qu'il devait supposer appartenir au commettant. Il n'y avait donc pas à hésiter : *Magis cautionis in re quam in persona.*

[1] *J. D. P.*, 2, 1844, 154.

La solution consacrée fait donc la juste part de la prudence de l'un, de la légèreté de l'autre.

217. — Le privilége du commissionnaire est donc préférable à celui du vendeur non payé ; en serait-il de même à l'endroit des priviléges généraux ?

On sait la controverse qui est née en droit commun, notamment sur le privilége du créancier gagiste. Les uns, le qualifiant de privilége des priviléges, lui donnent la préférence sur les frais de justice, les frais judiciaires, etc...

D'autres, en tête desquels se place M. Troplong, soutiennent l'opinion contraire et revendiquent, en faveur de certains priviléges généraux, tels que les frais de justice, ceux des funérailles et de dernière maladie, la créance des gens de service, etc., la préférence même au créancier gagiste, sur les effets donnés en gage.

Mais M. Troplong, notamment, a soin de déclarer que son opinion se restreint à la matière des priviléges de droit commun. Je ne parle ici, dit-il, ni du privilége du commissionnaire, ni de ceux énumérés dans l'article 191 du Code de commerce, ni d'autres qui se rattachent aux matières commerciales, ce serait sortir de mon sujet, qui se renferme dans le droit civil.

Qu'aurait fait M. Troplong s'il eût envisagé la question au point de vue commercial ? On peut présumer, sans trop de témérité, qu'il se fût prononcé en faveur du commissionnaire. Tout ce qui se réfère au développement du commerce est réellement d'ordre public. Or, celui-ci n'a pas de cause plus énergique, d'élément plus certain que

les avances et anticipations que les négociants obtiennent des commissionnaires. Subordonner leur privilége aux priviléges généraux, c'était tarir cette source de la prospérité publique. Quel est le commissionnaire qui eût consenti à avancer des sommes parfois considérables, s'il avait pu craindre de voir les garanties, qu'il a eu la prudence d'obtenir, absorbées et anéanties en tout ou en partie par la préférence accordée aux priviléges généraux.

Tout le monde a compris ce danger et reculé devant son éventualité. La pratique a été bien souvent en présence d'une collision entre les priviléges généraux et le privilége du commissionnaire, et personne n'a jamais songé à subordonner celui-ci à ceux-là.

218. — Le droit de préférence du commissionnaire est donc général et absolu. Son exercice comme sa nature varie suivant que le commissionnaire est encore ou n'est plus en possession des effets consignés et expédiés.

Cette consignation ne confère jamais la propriété, mais elle devait avoir pour conséquence forcée le droit de refuser la restitution des effets qui en font la matière, tant que le commissionnaire n'est pas intégralement remboursé de ses avances, intérêts et frais. On ne pouvait admettre le contraire sans méconnaître la nature du contrat et ne tenir aucun compte de l'intention évidente des parties.

L'agissement du commissionnaire prêtant sur consignation est, en réalité, un prêt sur gage. Ce qui le distingue de celui-ci, c'est que le créancier gagiste n'a pas reçu le gage pour l'aliéner ou le vendre ; que cette vente ne

peut avoir lieu qu'en cas de défaut de remboursement, et qu'elle ne peut jamais être opérée que par justice. Au contraire, le commissionnaire ne reçoit qu'une chose essentiellement destinée à être vendue, pour que sur le produit il se rembourse de ce qui lui est dû. Seul en position de livrer la marchandise, il est évidemment seul appelé à en réaliser la vente. C'est ce qui nous faisait dire tout à l'heure que le mandat pour le commissionnaire de vendre était nécessairement sous-entendu dans le contrat de commission.

Pénétré de cette conviction, la Cour de Bruxelles jugeait, le 15 février 1822, que le commettant qui n'a aucune faute ou négligence à imputer au commissionnaire n'est pas fondé à vendre lui-même les marchandises qui sont en mains de ce dernier, sauf à lui en laisser encaisser le prix, si ce mode peut retarder le payement du commissionnaire.

219. — En présence de la faculté de vendre laissée au commissionnaire, le droit de rétention pourrait paraître une superfluité, mais son utilité se manifeste dans l'hypothèse d'un contre-ordre, d'une révocation, de l'impossibilité d'atteindre le prix limité. Tout espoir d'être payé sur le prix étant alors perdu, il ne reste au commissionnaire, pour toute garantie, que la faculté de ne restituer la marchandise que contre le remboursement intégral de ce qui lui est dû.

Sera-t-il, pour ce remboursement, réduit à attendre le bon plaisir du débiteur, qui, ne pouvant ou ne voulant payer, lui laisserait la marchandise dont il est nanti ? On

ne pouvait l'admettre ainsi sans méconnaître l'intérêt du commissionnaire dès que la vente ne doit plus être opérée par lui ou qu'elle est reconnue impossible. La nature de l'acte du commettant, sa persistance dans des prétentions évidemment exagérées, autorisait le commissionnaire à contraindre la reprise immédiate des marchandises et le remboursement de ce qui lui est dû. Aussi lui a-t-on reconnu, en cas de résistance du commettant, le droit de poursuivre et d'obtenir de la justice la faculté de vendre, dans la forme des ventes publiques, une partie des marchandises suffisante pour le couvrir. Cette vente peut être valablement ordonnée sur simple requête, et sans qu'il soit besoin de mettre le commettant en cause.[1]

220. — Le commissionnaire, pouvant toujours renoncer à ses droits, est libre d'autoriser le commettant à réaliser la vente qu'il pouvait et devait faire lui-même. Cette autorisation constitue-t-elle la répudiation et l'abandon de la possession, et par conséquent la renonciation au droit de rétention ?

L'affirmative serait incontestable si, exécutant la vente faite par le commettant, le commissionnaire avait livré à l'acheteur les marchandises vendues. Pour exercer son droit de rétention, il lui faudrait, dans ce cas, revenir contre la livraison, revendiquer la marchandise, ce qui ne serait ni recevable ni admissible. Mais autoriser le commettant à vendre lui-même, ce n'est pas délivrer les marchandises ni se dessaisir de leur possession.

[1] Paris, 13 mars 1815; Colmar, 29 novembre 1816.

Sans doute, cette autorisation implique nécessairement la promesse de livrer, mais on ne saurait considérer cette promesse comme l'engagement formel de se dessaisir de la garantie résultant de la détention du gage. Nul n'est censé vouloir agir contre ses propres intérêts. L'intention de le faire ne saurait s'induire de la faculté concédée au commettant. Loin d'être inconciliable avec l'exercice du privilége, cette faculté n'est qu'un moyen de l'assurer. La vente n'aura pas d'autre effet que de substituer l'acheteur au vendeur, et, en le subrogeant aux droits de celui-ci, de lui rendre ses obligations communes. Donc, les exceptions que le commissionnaire pourrait faire valoir contre le vendeur, il les opposera avec raison et succès à l'acheteur, qui ne pourra retirer la marchandise sans payer pas plus que ne l'aurait fait le premier. La certitude de ce résultat n'aura-t-elle pas été la cause déterminante de l'autorisation. et pourrait-on, dès-lors, sans s'écarter de la vérité, lui faire produire l'effet que nous repoussons.

221. — Saisie de la question, la Cour de Nancy l'a résolue dans le sens que nous indiquons, par un arrêt du 14 décembre 1838, dont voici les motifs :

« Attendu que si le privilége ne subsiste sur les marchandises données en nantissement qu'autant que celles-ci restent à la disposition du créancier consignataire, la circonstance que le soin de les vendre a été laissé au propriétaire commettant ne saurait être un obstacle à ce que cette condition s'accomplisse ; qu'il est de principe constant que le créancier consignataire conserve la pos-

session des marchandises tant qu'elles sont dans ses magasins ou à sa disposition dans un dépôt public; que le droit qui résulte pour lui de cette possession est tel qu'il peut refuser de s'en dessaisir jusqu'à parfait payement de ce qui lui est dû; que conséquemment la vente que le propriétaire en fait laisse subsister sa possession jusqu'à ce que le consignataire donne son consentement à la délivrance; que par suite ce dernier à le privilége de toucher, de préférence à tous autres créanciers, le montant de ses avances sur le prix provenant de la vente.[1] »

222. — L'efficacité du droit de rétention ne saurait être méconnue. Mais l'exercice de ce droit ne pouvait être prévu que dans des cas rares. Il ne se produira qu'accidentellement, car il est en quelque sorte inconciliable avec le but que se propose la commission. Ce but est tellement la vente des marchandises qu'on a pu prétendre subordonner le privilége du commissionnaire au mandat spécial d'opérer celle-ci; que ce mandat est nécessairement sous-entendu entre les parties. Pouvait-on, dès-lors, en cas de vente à terme, qui est le plus usuel en commerce, admettre que le commissionnaire fût obligé de retenir la marchandise qu'il venait de vendre, jusqu'à l'échéance, sous peine de perdre tout droit de préférence?

Ce qui serait résulté de cette obligation eût été de placer le commissionnaire entre son intérêt et son devoir; d'ouvrir ainsi la porte à une foule de tiraillements,

[1] *J. D. P.*, 2, 1845, 128.

de difficultés, enfin, de rendre le contrat de commission, si non impossible, du moins fort difficile, au grand détriment du commerce en général.

L'article 94 prévient heureusement ces graves inconvénients. Par une dérogation au droit commun, il laisse le privilége survivre à la possession matérielle de la chose. Il le transporte de cette chose sur le prix, dès qu'elle a été vendue et livrée pour le compte du commettant.

Indépendamment des nécessités commerciales, cette dérogation s'explique parfaitement par la différence qui distingue le gage commercial du gage civil. Celui-ci doit être conservé pour être rendu en nature. La vente n'est possible qu'en cas de refus ou d'impuissance de la part du débiteur de remplir ses engagements, et cette vente ne peut avoir lieu que par autorité de justice. Dans le contrat de commission, au contraire, la chose n'est consignée que pour être vendue. Il n'était donc ni juste ni possible d'attribuer à la vente, dans cette hypothèse, l'effet qu'elle produirait infailliblement dans l'autre.

223. — Le commissionnaire à l'achat a, comme le commissionnaire à la vente, le droit de rétention, c'est-à-dire qu'il ne peut être contraint de se dessaisir de la chose sans être remboursé de ce qui lui est dû, si des circonstances survenues depuis l'ordre sont de nature à lui faire craindre un défaut de remboursement. Mais ce droit, supposant la détention de la chose qui lui est affectée, serait inévitablement perdu, si le commissionnaire s'en était dessaisi, et cette fois sans aucun privilége en échange.

224. — Le dessaisissement résulte-t-il de l'expédition des marchandises à la destination du commettant? Cette question ne peut s'élever que si l'expédition est faite au nom de ce dernier. Le commissionnaire qui transmettrait la marchandise par lui achetée et payée, par connaissement ou lettre de voiture en son nom ou à son ordre, en aurait, dans le premier cas, conservé la possession virtuelle ; il ne la perdrait, dans le second, que par la négociation du connaissement, bien entendu que dans aucune hypothèse il ne peut s'agir du privilége que si la marchandise était en cours de voyage. Sa réception effectuée, la possesion n'appartient désormais qu'au commettant, malgré qu'elle n'eût pas voyagé en son nom. Mais ce résultat est subordonné à la position commerciale du commettant, au moment de l'arrivée. S'il était en faillite, il n'aurait pu se saisir de la marchandise, et la revendication qu'en ferait le commissionnaire ne pourrait être repoussée.

225. — Que si la marchandise n'a pas été reçue par le commettant en état de cessation de payements, ou par le syndic de la faillite, le commissionnaire expéditeur n'a pas besoin de revendiquer. Ayant conservé la possession au moins virtuelle, c'est contre lui que la revendication doit être exercée.

C'est ce qui se réalisait dans la faillite Mérentier. Les syndics revendiquaient contre les commissionnaires divers chargements de sucres expédiés de la Havane à Marseille.

La Cour d'Aix repoussa cette prétention sur ce motif,

entre autres, que les commissionnaires ne s'étaient pas dessaisis de la possession du chargement, puisqu'ils avaient eu le soin de ne les expédier que par des connaissements à leur ordre ; que dès-lors leur droit à ne livrer la marchandise que contre payement intégral ne pouvait être ni méconnu ni contesté.

Le pourvoi dont cet arrêt avait été l'objet était rejeté par la Cour suprême, le 18 avril 1843. « Sans doute, observait M. le rapporteur, il est vrai, comme l'ont dit les demandeurs en cassation, que le commissionnaire, à l'égard du commettant, est tenu par la loi du mandat, tandis qu'il est engagé en son propre nom vis-à-vis dn tiers avec qui il a traité en sa qualité de commissionnaire, mais il ne faut pas perdre de vue que le commissionnaire qui a avancé de ses deniers le prix de la marchandise et en a conservé la possession, devient en quelque sorte un vendeur à l'égard de son commettant, ou tout au moins se trouve subrogé aux droits du vendeur qu'il a désintéressé ; tenu en effet en son nom personnel, puisque le vendeur n'a connu que lui, pourquoi, lorsqu'il paye le vendeur, ne serait-il pas autorisé à se prévaloir de l'article 1251, paragraphe 3 du Code Napoléon, et par suite à exercer la revendication permise par l'article 756 du Code de commerce.[1] »

226. — Ces arrêts insistent et devaient naturellement insister sur cette circonstance que le commissionnaire, ayant expédié sur connaissement à son ordre, ne s'était

[1] *J. D. P.*, 2, 1843, 83.

pas même dessaisi de la possession. Mais l'effet unique de cette circonstance est d'intervertir les rôles. Dans ce cas, l'expéditeur n'a pas même à revendiquer, il n'a qu'à conserver la chose qu'il détient et à se refuser à la délivrance qui lui est demandée en force des principes regissant le mandat.

On ne saurait donc en conclure que le commissionnaire doit être privé du droit de revendiquer les effets expédiés au nom du commettant. Refuser cette revendication parce que dans un cas donné on n'a pas à y recourir, serait une pétition de principes que rien ne justifierait.

Aussi la Cour d'Aix, loin d'adopter cette conclusion, consacre expressément le contraire; elle déclare qu'en principe le commissionnaire non payé, s'il avait expédié les marchandises, pourrait, en cas de faillite du commettant, les revendiquer, soit comme vendeur fictif à l'égard de celui-ci, soit comme subrogé aux droits du vendeur originaire payé par lui.

La doctrine de la Cour d'Aix se résume donc dans cette proposition : si le commissionnaire a expédié sur connaissement à son ordre, la marchandise n'a pas cessé d'être légalement en son pouvoir, il n'en aurait perdu la possession que par le transfert du connaissement. Il ne peut donc s'agir pour lui de l'obligation de revendiquer ce dont il ne s'est jamais dépouillé.

La revendication devant remettre en notre pouvoir un objet qui en est sorti, son utilité dans notre hypothèse n'est admissible que dans le cas d'une expédition au nom du commettant. La question de savoir si elle doit être

accueillie ou rejetée ne peut naître qu'alors, et elle doit être résolue en faveur du commissionnaire comme vendeur fictif ou comme subrogé aux droits du vendeur originaire.

227. — Cette doctrine a été fortement contestée. La revendication, a-t-on dit, a été exclusivement réservée au vendeur non payé. Or cette qualité n'a jamais appartenu au commissionnaire, puisque, achetant pour compte d'autrui, il n'a jamais eu la propriété des choses achetées. Se prétendra-t-il subrogé aux droits du vendeur originaire? Mais, d'une part, il n'a fait que payer sa propre dette puisqu'il s'était personnellement engagé; de l'autre, l'absence complète de toute obligation du commettant vis-à-vis du vendeur ne permet pas de considérer le payement comme s'appliquant à une dette dont il fut tenu avec le commissionnaire. En fait, donc, celui-ci ne se trouve dans aucune des conditions exigées par l'article 1251.

Ces considérations avaient paru déterminantes à la Cour de Colmar, qui les consacrait par arrêt du 26 avril 1809; mais cet arrêt, déféré à la Cour régulatrice, était cassé le 14 novembre 1810, comme violant l'article 1351 du Code Napoléon :

« Considérant, dit la Cour de cassation, que si la Cour de Colmar a pu, d'après l'appréciation par elle faite des lettres, factures et autres actes du procès, ne pas regarder le commissionnaire comme vendeur, par la raison qu'il avait acheté d'ordre et pour compte du commettant; du moins, elle n'a pu méconnaître que, dans cet achat, il

était engagé pour et avec ce dernier ; que, dès-lors, il avait intérêt d'acquitter le prix, et qu'en l'acquittant il avait été subrogé de plein droit au lieu et place du vendeur. »

Depuis, et le 4 janvier 1825, la Cour de Rouen se prononçait dans le même sens. Elle admettait la revendication, malgré l'exception de novation tirée de ce que la dette du commissionnaire avait été réglée en billets acceptés par le commettant.

228. — C'est aussi en faveur de cette doctrine que se sont prononcés les auteurs qui ont écrit sur la matière. M. Pardessus enseigne, en effet, que le commissionnaire qui a acquitté un engagement contracté par suite d'opérations faites d'ordre et pour compte d'autrui, acquiert, outre son action contre son commettant, la subrogation légale de l'article 1251 du Code Napoléon, avec tous ses effets.

MM. Delamarre et Lepoitvin se prononcent également pour la revendication. Mais ce droit, ils le font résulter des usages du commerce et non de l'article 1251 du Code Napoléon. Cet article, disent-ils, se réfère uniquement à l'espèce d'un créancier envers lequel deux ou plusieurs sont engagés solidairement ou tenus subsidiairement les uns pour les autres. Son application ne peut donc jamais avoir lieu que le créancier n'ait au moins deux obligés. Or, dans l'espèce qui suppose un commissionnaire achetant en son propre nom, le vendeur n'a pour obligé que le commissionnaire qui n'a engagé que lui seul.

L'interprétation que ces honorables auteurs font de



l'article 1251 ne nous paraît pas admissible. Les termes de son paragraphe 3 la repoussent. Tenu avec d'autres ou pour d'autres se réfèrent à deux cas bien tranchés : celui de l'existence de plusieurs débiteurs, celui d'un débiteur unique, mais qui ne s'est réellement engagé que pour autrui. Or, que telle soit la position du commissionnaire, agissant en son nom, d'ordre et pour compte d'autrui, c'est ce qui ne saurait être contesté. C'est précisément ce qu'on lui oppose lorsqu'il s'agit de lui refuser la qualité de vendeur. Ne serait-ce pas une inconséquence étrange que de le repousser comme ayant agi personnellement lorsqu'il poursuit le remboursement de ce qui lui est dû. Sans doute il s'est engagé directement, mais il ne l'a fait que dans l'intérêt de son commettant. Donc, en payant sa dette propre, il paye réellement pour un autre ; il est donc recevable et fondé à se prévaloir de l'article 1251.

229. — Du principe que le commissionnaire n'est admis à revendiquer que comme subrogé aux droits du vendeur qu'il a payé, il suit qu'il n'a d'autres droits que ceux que ce dernier pourrait exercer lui-même. Ainsi, il n'est recevable à revendiquer qu'en tant que la marchandise est encore en voyage et n'a pas été reçue, soit dans les magasins du commettant, soit dans ceux de son commissionnaire à la vente.

La revendication serait repoussée si, usant de la faculté qui lui est accordée, le commettant, avant l'arrivée, avait vendu sur connaissement ou sur lettre de voiture.

Enfin si, sans la vendre, le commettant avait affecté la

marchandise à des avances ou anticipations, l'effet de la revendication serait subordonné au remboursement de ces avances.

230. — Le droit du commissionnaire de retenir la chose, ou d'être payé par préférence sur le prix, ne peut être exercé que sur la chose même en vue de laquelle il a fait des avances. Il perd ses droits s'il s'est dessaisi de celle-ci, alors même qu'on lui en substituerait une autre. Voici le remarquable exemple d'application de cette règle, que présente un arrêt de Rouen, du 29 novembre 1838.

La maison Laffite, de Paris, faisait à la maison Duval, de Dieppe, une avance de 40,000 fr., en garantie de laquelle elle recevait un connaissement constatant l'expédition de barriques d'eau-de-vie, par le navire l'*Alexandre*; plus tard, la maison Duval propose à la maison Laffitte, qui accepte, de lui remettre en échange du connaissement de l'*Alexandre* les connaissements du navire l'*Aglaé*, expédié de Marseille par les sieurs Sarrau, Bazile et Leroux, et qui était encore en cours de navigation.

Avant l'arrivée de l'*Aglaé* à sa destination, au port du Hâvre, Duval tombe en faillite; les expéditeurs revendiquent les marchandises chargées sur ce navire. La maison Laffitte intervient, et, se prévalant de l'article 93, conteste la revendication et demande d'être payée par privilége de ses avances. Cette prétention est accueillie par le tribunal de commerce du Hâvre.

231. — Mais, sur l'appel, arrêt infirmatif de la Cour de Rouen : « Attendu que si on ne peut raisonnablement contester à la maison Laffitte la qualité de commissionnaire, et s'il faut également reconnaître que, dans l'espèce, les marchandises chargées sur l'*Aglaé* étaient expédiées d'une autre place, et que le connaissement à ordre desdites marchandises avait été régulièrement négocié par Duval à Laffitte, il résulte néanmoins des documents de la cause que les avances de cette dernière maison à Duval n'ont jamais été faites en contemplation des marchandises du navire l'*Aglaé* ; que c'est, au contraire, sur la remise du connaissement de l'*Alexandre* que la maison Laffitte a fait une avance de 40,000 fr.; que cette substitution d'un connaissement à l'autre ne saurait être assimilée à de nouvelles avances ; que la créance est restée la même ; que si aujourd'hui elle a perdu le privilége qu'elle avait originairement, cela tient à la remise imprudente du connaissement du navire l'*Alexandre*.[1]

Cette solution s'induisait naturellement de la spécialité du privilége et des conditions auxquelles il est subordonné. Evidemment, la restitution de la chose en vue de laquelle les avances ont été faites entraîne la renonciation au privilége. La remise d'une autre chose n'est plus qu'un gage affecté à une dette déjà existante, et dont l'efficacité contre les tiers est subordonnée à l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2074. Il importe peu que cette remise fût la condition de la res-

[1] J. D. P., 2, 1838, 577.

titution. En fait, il ne peut pas être que les avances aient été faites sur la chose en dernier lieu consignée; en droit, le privilége ne peut naître que de la loi, et la convention des parties est impuissante à le faire résulter d'un fait auquel la loi ne l'a pas attaché.

232. — Tous les intéressés peuvent contester le privilége. En tête figurent les créanciers du commettant, qui sont ainsi exposés à voir une partie de leur gage leur échapper et le commissionnaire intégralement payé, tandis qu'eux-mêmes ne recevront qu'un dividende plus ou moins important. Ils ont donc le plus grand intérêt à prévenir un pareil résultat, d'où la conséquence qu'ils étaient naturellement appelés à contester la régularité du nantissement et à s'opposer à ses effets.

Mais le débiteur serait inadmissible à le faire. Le dépôt de marchandises qu'il aurait opéré pour garantir une dette passée ou future ne réunît-il pas les conditions de l'article 93, ou n'eût-il pas été constitué avec les formalités prescrites par l'article 2074 du Code Napoléon, n'en serait pas moins obligatoire pour lui, n'en produirait pas, moins tous ses effets en faveur du dépositaire.

Cette conséquence s'induisait de ce principe d'abord : que les conventions légalement formées deviennent la loi des parties ; elles ne peuvent être résiliées sur la demande de l'une d'elles qu'en cas de fraude ou de dol ; que si l'opération qui en fait l'objet est contraire à la loi, aux bonnes mœurs, à l'intérêt général.

Le défaut des formes imposées par la loi pourrait bien déterminer cette résiliation; et, sous ce rapport, le com-

mettant pourrait vouloir exciper, soit de l'article 93 du Code de commerce, soit de l'article 2074 du Code Napoléon, mais la spécialité de ces articles est trop évidente. Dès qu'il s'y agit de privilége, de préférence, ils ne concernent que ceux qui sont exposés à souffrir de l'un ou de l'autre, c'est-à-dire les créanciers ordinaires, qui peuvent seuls s'en prévaloir.

233. — Le commettant ne pourrait donc contester ni la régularité, ni la validité du gage par lui remis au commissionnaire. Son héritier le pourrait-il? Il serait difficile d'admettre qu'une action qui n'a jamais appartenu au défunt pût se rencontrer dans sa succession. Aussi notre question n'a jamais fait doute à l'endroit de l'héritier pur et simple. On n'a prétendu la résoudre affirmativement que dans le cas d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire. L'héritier bénéficiaire, a-t-on dit, n'est, en réalité, qu'un administrateur agissant principalement dans l'intérêt des créanciers. Il les représente donc, et, en cette qualité, il est recevable à exercer les droits que ces créanciers pourraient faire valoir, celui notamment que confère l'inobservation des articles 93 du Code de commerce et 2074 du Code Napoléon.

La Cour de Paris répondait, le 31 août 1836 :

« Que l'héritier bénéficiaire, comme l'héritier pur et simple, représente le défunt; qu'il doit également exécuter ses obligations; que la seule différence existant entre eux consiste en ce que le premier n'est tenu que sur les biens de la succession et jusqu'à leur épuisement,

tandis que l'autre est obligé personnellement et sur ses propres biens;

« Que l'héritier bénéficiaire ne représente pas les créanciers de la succession, puisque ceux-ci conservent l'exercice de leurs droits, et que c'est contre lui qu'ils les font valoir;

« Qu'enfin il ne peut discuter et faire juger les priviléges et autres droits de préférence réclamés par certains créanciers contre les autres, tellement que les décisions qui interviendraient avec lui, sur de semblables contestations, seraient sans force à l'égard de ces derniers.[1] »

La conclusion juridique que la Cour tire de ces motifs, c'est que, même à l'égard de l'héritier bénéficiaire, la convention entre le commettant et le commissionnaire, portant que des marchandises emmagasinées seront affectées spécialement au remboursement des avances du commissionnaire, doit recevoir son effet, en l'absence de créanciers contestants, alors même que les parties ne se seraient point placées dans les circonstances prévues par l'article 93 du Code de commerce, ou qu'elles ne se seraient point soumises aux formalités prescrites par l'article 95 du même Code.

234. — Les créanciers seuls sont donc recevables à contester le privilége et à se prévaloir de l'inobservation des articles 93 et 95 du Code de commerce. Mais si les conditions exigées par l'un existent, si les prescrip-

[1] *J. D. P.*, 1, 1837, 234.

tions de l'autre ont été remplies, le privilége est acquis, quelle que soit l'époque de la convention et alors même qu'elle serait postérieure à la cessation de payements, ou qu'elle se placerait dans les dix jours qui l'ont précédée, à la condition néanmoins que la somme pour laquelle le gage a été donné eût été réellement comptée au moment de sa constitution, car, s'il s'agissait de garantir une dette ancienne, le gage tomberait infailliblement sous le coup de la prohibition de la loi, et serait sans aucun effet contre la masse.

La validité du gage régulièrement constitué, soit après la cessation de payement, soit dans les dix jours qui l'ont précédée, était consacrée par la Cour de Rennes, le 18 juin 1818, et par la Cour de Douai, le 29 novembre 1843.[1]

Devant la Cour de Rennes, la question, se présentant sous l'empire de la loi de 1807, pouvait offrir et offrait quelques difficultés. La loi ne distinguait pas entre les priviléges concédés pour argent actuellement prêté et ceux attachés à une créance ancienne. Fallait-il, dès-lors, les placer indifféremment sous le coup de la prohibition comme consentis en temps suspect? C'est ce que la Cour de Rennes avait à décider.

Le commissionnaire avait obtenu de M. Pardessus une consultation dans laquelle cet éminent jurisconsulte établissait : 1° Que l'article 443 du Code, combiné avec l'article 445, n'annulait pas de droit le privilége acquis dans les dix jours de la faillite, qu'il n'établissait qu'une

[1] *J. D. P.*, 2, 1844, 154.

présomption que la bonne foi du créancier dissipait; 2° que cet article n'annulait dans ce cas que les priviléges consentis comme sûreté accessoire d'un engagement qui n'en subsisterait pas moins sans cet accessoire. Mais que quand le privilége n'a pas besoin d'être accordé par la convention; qu'il est si non de l'essence, au moins de la nature du contrat; qu'il est attribué par la loi et non par le caprice de l'homme; qu'il résulte de l'opération en elle-même et non d'une stipulation accidentelle, il y aurait injustice à priver un tel acte des avantages que lui confère sa nature; que le privilége du commissionnaire était évidemment dans ce dernier cas.

Ces considérations étaient aussi décisives que justes. Elles assignaient à la loi son véritable caractère. La nullité de l'article 445 n'allait pas jusqu'à conférer à celui qui avait traité avec le failli le droit de se faire restituer contre son engagement, et, puisqu'il continuait à être lié, était-il raisonnable, était-il juste de lui arracher le bénéfice de la condition sans laquelle il n'eût certainement pas contracté.

La Cour de Rennes faisait donc, en 1818, une appréciation exacte et équitable de l'esprit de la loi. Le législateur de 1838 n'a pas hésité à consacrer l'opinion de M. Pardessus, que l'arrêt avait adoptée. Toutes ces difficultés avaient donc disparu lorsque, en 1843, la question se présentait à la Cour de Douai. Celle-ci n'avait plus qu'à appliquer l'article 446 de la loi nouvelle.

235.—L'article 95 était la conséquence forcée de l'article 93. Puisque celui-ci n'exceptait de l'obligation de

remplir les formalités du droit commun que dans l'hypothèse de l'expédition, du voyage de la marchandise d'une place sur une autre, il s'en suivait nécessairement qu'à défaut de cette condition le droit commun reprenait son empire, toute sa force obligatoire.

Cet effet était si logique, qu'il se serait produit inévitablement sans que le législateur s'en fût expliqué. Aussi, n'est-ce pas uniquement dans le but de le consacrer, que l'article 95 a été édicté. Son utilité est toute dans ce point de vue : la preuve testimoniale est de droit en matière commerciale, et se fondant sur cette règle on eût pu vouloir l'appliquer au gage lui-même. Or, l'intention du législateur étant d'exiger pour celui-ci, non-seulement une preuve écrite, mais encore de régler la forme de cette preuve, en d'autres termes, de créer une exception au droit commun, il était obligé de l'exprimer formellement, et c'est ce qu'il fait par l'article 95.

Nous avons déjà vu que cet article ne régissait que le dépôt de marchandises existant au lieu même où résident le commettant et le commissionnaire; et que l'identité de résidence reste sans influence toutes les fois que les marchandises, se trouvant sur une autre place, n'ont pu arriver aux mains du commissionnaire qu'à la suite d'une expédition et d'un voyage. Nous n'avions plus qu'à le rappeler ici.[1]

236. — En résumé, la loi a voulu, dans l'intérêt du commerce, favoriser le contrat de commission sans en-

[1] *Sup.*, nos 188 et suiv.

tendre se relâcher en rien des précautions dont on a jugé à propos d'entourer le prêt sur gage. Le privilége du commissionnaire n'est indépendant de ces précautions qu'à la double condition d'avances faites sur la marchandise, d'expédition de celle-ci d'une place sur une autre. L'existence de ces deux conditions assure seule l'effet du gage, mais l'assure dans toutes les circonstances, même dans l'hypothèse d'un domicile unique et commun. L'absence de l'une d'elles, à plus forte raison de toutes deux, enlève au gage toute efficacité, à moins qu'il n'ait été constitué dans la forme prescrite par l'article 2074 du Code Napoléon.

L'article 95 n'a pas pour but de modifier l'article 93, les conditions exigées par celui-ci peuvent se rencontrer, quelle que soit la résidence des parties. L'identité de cette résidence ne peut pas plus faire refuser le privilége que sa différence l'admettre de plein droit, et si, dans cette dernière hypothèse, la convention, sous l'apparence du contrat de commission, ne renfermait en réalité qu'un prêt sur gage, on lui refuserait tout effet contre les tiers, si elle n'avait pas été faite dans la forme prescrite par le Code Napoléon. C'est ce que la Cour de Poitiers décidait très juridiquement, le 21 juillet 1842. [1]

[1] *J. D. P.*, 2, 1842, 642.

SECTION II

Des Commissionnaires pour les transports par terre et par eau.

—

ART. 96.

Le commissionnaire qui se charge d'un transport par terre ou par eau est tenu d'inscrire sur son livre-journal la déclaration de la nature et de la quantité des marchandises, et, s'il en est requis, de leur valeur.

ART. 97.

Il est garant de l'arrivée des marchandises et effets dans le délai déterminé par la lettre de voiture, hors les cas de la force majeure légalement constatée.

ART. 98.

Il est garant des avaries ou pertes de marchandises et effets, s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture, ou force majeure.

ART. 99.

Il est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises.

SOMMAIRE.

237. Nature de l'industrie des commissionnaires pour les transports. Ses diverses vicissitudes.
238. En quoi la commission pour transports diffère des autres genres de commission. Caractère du contrat.
239. Où et comment s'opère la remise. Celle faite aux domestiques à gage n'engage pas la responsabilité du maître.
240. *Secus* de celle faite aux préposés ou employés aux affaires du commerce.
241. La remise est prouvée par l'inscription sur le livre, prescrite par l'article 96. *Quid* du défaut d'inscription ?
242. Par le récépissé du commissionnaire ;
243. Par la lettre de voiture ;
244. A défaut de ces documents, par témoins. Motifs qui ont fait admettre la preuve orale.
245. Conditions pour l'admissibilité.
246. Le commissionnaire se prétendant propriétaire des effets réclamés ne peut se prévaloir de la présomption établie par l'article 2279 du Code Napoléon.
247. Obligations du commissionnaire chargeur en sa qualité de dépositaire.
248. — En sa qualité de mandataire.
249. La mise en route ne fait pas cesser la qualité de dépositaire, le commissionnaire reste garant des avaries et pertes, alors même qu'il n'aurait agi que comme agent de l'expéditeur. Caractère de cette responsabilité.
250. Exceptions qu'elle comporte : 1° stipulation contraire.
251. Cette stipulation ne dispense pas le commissionnaire de l'obligation de fournir une voiture ou un vaisseau en état de faire le voyage. Conséquences.
252. Elle ne peut jamais s'étendre au fait personnel du commissionnaire. Conséquence pour celui qui exé-

cute le transport avec son matériel et pour son compte.

253. La clause de non-garantie peut valablement être consentie autrement que dans la lettre de voiture. Mais elle doit être établie par écrit.

254. 2° Force majeure et cas fortuit.

255. Caractère de l'une et de l'autre.

256. Conséquences quant à la preuve à fournir par le commissionnaire qui en excipe.

257. 3° Vice d'emballage ou du chargement opéré par l'expéditeur ou ses employés.

258. 4° Vice propre de la chose.

259. Effets de la responsabilité en cas de perte.

260. Dans le cas d'avarie.

261. Obligations du commissionnaire de se conformer, dans l'exécution, aux ordres de l'expéditeur. Effets de l'inobservation.

262. D'expédier les marchandises dès qu'elles sont en son pouvoir.

263. De prendre la route directe et ordinaire et de la suivre.

264. Le commissionnaire est garant de l'arrivée dans le delai fixé. Peine du retard.

265. Peut-on laisser la marchandise pour son compte. Arrêts des Cours de Paris et de Douai pour la négative.

266. Discussion.

267. Arrêts contraires de la Cour de Nîmes et de la Cour de cassation.

268. Indépendamment du laisser pour compte, l'expéditeur doit être relevé des dommages-intérêts auxquels il serait condamné en faveur du destinataire.

269. Effets de la force majeure sur la responsabilité pour retard.

270. Doit être constatée, quand et comment. Conséquences,

271. Résulterait-elle de l'intempérie de la saison.

272. Utilité et nécessité du concours du commissionnaire de roulage, dans le cas d'impossibilité d'un trans-

237. — Recevoir dans un lieu des marchandises ou effets pour les conduire et les faire arriver dans un autre,

telle est la mission dévolue à l'industrie du commissionnaire de transports, qu'on qualifie indifféremment de commissionnaire chargeur, ou de commissionnaire de roulage.

Dans l'origne, cette industrie fut distincte de celle d'entrepreneur de transports. Celle-ci fut pendant longtemps exercée par des voituriers qui n'avaient qu'un matériel plus ou moins réduit : par des patrons de barques se réunissant en convoi pour opérer leur navigation sur les fleuves ou rivières navigables. Le commissionnaire de transports n'avait à cette époque qu'à traiter avec les uns et les autres pour conduire à leur destination les marchandises qui lui étaient confiées personnellement, agissant ainsi en son nom, pour le compte de tiers.

Plus tard, ces commissionnaires conçurent et exécutèrent la pensée de réaliser eux-mêmes les transports, De là ces établissements qui, sur les places importantes, et à l'aide d'un matériel considérable, d'un personnel nombreux, se livrent pour leur compte au roulage, soit ordinaire, soit accéléré.

L'ouverture des voies ferrées a été pour ces établissements ce qu'ils avaient été eux-mêmes pour les simples voituriers. L'impossibilité de toute concurrence, quant à la promptitude des expéditions et à la durée des voyages, les a contraints de se défaire de leur matériel, et de confier aux chemins de fer les transports, qu'ils faisaient eux-mêmes, pour toutes les places pouvant être desservies par eux. On en est donc revenu au point de départ, avec cette différence qu'au lieu de traiter avec les voitu-

riers ou les patrons des bateaux, on traite avec les chemins de fer.

238. — La commission pour transports se distingue des autres genres de commission, en ce que le contrat n'est pas, comme dans celle-ci, purement consensuel. Se trouvant nécessairement mélangée de dépôt, la convention ne devient parfaite que par la remise effective de la chose à transporter. Cette remise prouve : contre le commettant, l'existence de l'ordre; contre le commissionnaire, son acceptation et l'engagement de l'exécuter.

Donc, tout ce qui se rattache aux caractères de cette remise, aux faits dont elle doit résulter, offre un intérêt réel. On peut et on doit à ce sujet appliquer aux commissionnaires la disposition que l'article 1783 du Code Napoléon sanctionne pour les voituriers. C'est ce que M. Pardessus admet et enseigne très expressément.[1]

239. — Ainsi il y a remise au commissionnaire, non-seulement lorsque les marchandises et effets ont été déposés dans ses magasins, mais encore lorsqu'ils lui ont été remis, soit à quai, soit dans quelque local public dont la surveillance n'appartient ni à l'expéditeur, ni à des personnes dont il répond. Il n'est pas non plus indispensable que la remise lui ait été faite personnellement, il suffit qu'elle ait été opérée aux mains de son préposé.

Cette règle a fait naître la question de savoir si les maîtres voituriers répondent des effets remis à leurs do-

[1] Nos 542, 546.

mestiques à gage, et cette question a été négativement résolue par la Cour de cassation, le 5 mars 1811.[1]

Il est vrai que l'arrêt déclare que les maîtres voituriers ne doivent répondre que des paquets qui leur sont confiés. Mais, dans l'espèce, ces termes ne signifient que ceci : les paquets confiés aux domestiques à gage ne le sont pas, en réalité, à leurs patrons, qui dès-lors ne sont pas tenus d'en répondre. Telle est l'indication que M. Troplong tire de cet arrêt. Non, il n'y a aucune responsabilité pour les choses remises à un domestique dont les services n'ont aucun rapport avec le commerce de son maître, et qui est tout à fait étranger à l'administration, aux écritures, au factage.

240. — Mais la raison seule indique qu'il ne saurait en être ainsi de la remise faite à un employé de la maison de commerce, au simple facteur préposé au camionage des marchandises. C'est même, le plus ordinairement, celui-ci qui, venant prendre les effets au domicile de l'expéditeur, les reçoit évidemment d'ordre et pour compte de celui qui l'a investi de la mission qu'il remplit. Dès-lors, la responsabilité de celui-ci ne saurait être douteuse. Elle résulte de toutes les notions, de tous les principes de droit les plus incontestables.[2]

241. — La remise est prouvée : 1° par l'inscription que l'article 96 prescrit de faire sur le livre-journal. Le

[1] *S.*, 1811, 1, 178.
[2] V. Cass., 4 décembre 1837. *J. D. P.*, 1, 1838, 284.

commissionnaire étant commerçant, se trouvait naturellement soumis à l'obligation faite à tous les commerçants d'avoir des écritures. Le livre-journal devant mentionner, jour par jour, les opérations, et celles-ci consistant, pour le commissionnaire de roulage, dans l'entrée et la sortie des effets qu'il est chargé d'expédier, on ne pouvait que lui prescrire le devoir de faire mention de l'une et de l'autre. L'existence de cette mention serait, pour l'expéditeur et contre le commissionnaire, la preuve de la remise la plus irrécusable.

Le défaut de mention sur le livre-journal ne pourrait constituer une preuve quelconque en faveur du commissionnaire et contre l'expéditeur. L'accomplissement du devoir prescrit par l'article 96 est exclusivement subordonné à la volonté du commissionnaire. La conséquence forcée était, qu'à défaut de cet accomplissement, l'expéditeur devait être autorisé à offrir d'autres preuves. Aussi, dans son arrêt du 4 décembre, que nous venons d'annoter, la Cour de cassation décidait-elle que la remise d'un objet entre les mains d'un commissionnaire de roulage peut être établie autrement que par l'inscription sur les registres, et que le seul fait de cette remise rend applicables les règles de la responsabilité, alors même que le commissionnaire ne s'en serait pas expressément chargé par une inscription sur son livre-journal.

La raison et le bon sens ne permettaient pas qu'il en fût autrement. Pouvait-il être, en effet, que l'expéditeur devînt fatalement la victime de la négligence involontaire ou concertée du commissionnaire ; que celui-ci puisât dans la violation d'un devoir formel un droit en sa fa-

veur ? Il n'y avait donc qu'un seul parti à prendre. Il fallait consacrer que l'inscription au livre-journal devenait, contre le commissionnaire, une preuve péremptoire, décisive, mais que son omission ne pouvait absolument rien produire en sa faveur.

242. — Un autre moyen d'établir la remise résulterait non moins péremptoirement du récépissé délivré par le commissionnaire et indiquant la nature et la quantité des marchandises livrées et reçues. En fait, ce récépissé n'est, en réalité, que l'extrait du livre ; mais il y a entre lui et l'inscription au livre cette différence essentielle que celle-ci ne lie l'expéditeur ni quant à la nature ni quant à la quantité des choses dont elle établit la remise, tandis que le récépissé fait foi entière de l'une et de l'autre. L'expéditeur ne saurait jamais réclamer ni au-delà ni autre chose. L'acceptation d'un récépissé est la reconnaissance de la vérité des indications qu'il renferme ; elle a donc pour effet nécessaire de rendre irrecevable toute allégation postérieure d'inexactitude ou d'erreur.

243. — La remise résulterait forcément de la lettre de voiture que le commissionnaire aurait délivrée au voiturier. Nous verrons tout à l'heure les indications que cette lettre doit contenir, celles qui se réfèrent notamment à la désignation des marchandises. L'identité de celles réclamées avec celles portées sur la lettre de voiture établirait la preuve de la remise par l'expéditeur, le commissionnaire n'ayant pu les confier au voiturier

qu'après les avoir reçues lui-même. La représentation de la lettre de voiture suppléerait donc à l'inscription sur le livre, au défaut de récépissé.

244. — L'impossibilité, pour l'expéditeur, de produire l'un de ces documents ne le ferait pas, de droit, débouter de sa demande. Il serait recevable à la justifier par la preuve orale.

L'admissibilité de cette preuve contre l'entrepreneur de transports a soulevé quelques difficultés quant à son principe. Les uns ont cru devoir l'admettre, en assimilant ces entrepreneurs aux hôteliers et aubergistes et en appliquant dès-lors l'article 1952 du Code Napoléon.

Cette opinion est formellement repoussée par M. Troplong, qui, à l'endroit du voiturier, n'admet de dépôt nécessaire que pour les menus objets ou effets, tels que sacs de nuit, manteaux, etc., accompagnant la personne du voyageur, et qu'on n'apporte ordinairement qu'au moment du départ.[1]

Quelle que soit la décision à consacrer pour le voiturier, il est évident que l'opinion de M. Troplong doit être admise pour ce qui concerne les commissionnaires. La remise qui leur est faite ne saurait, dans aucun cas, contracter le caractère de dépôt nécessaire, l'expéditeur étant toujours en position de s'en procurer la preuve par récépissé.

Donc, à leur endroit, l'admissibilité de la preuve testimoniale ne pouvait avoir son fondement dans l'arti-

[1] *Du Louage*, n° 908.

cle 1952 du Code Napoléon. Sa raison d'être était tout entière dans la qualité des parties, dans le caractère de l'acte. On sait, en effet, qu'en matière commerciale la preuve orale est de droit commun, à moins que la loi spéciale n'ait expressément décidé le contraire et établi une dérogation à ce droit.

Or, cette dérogation n'est pas dans l'article 96, qui, loin d'exiger un acte écrit entre les parties, se borne à prescrire l'inscription sur le livre-journal du commissionnaire, sans même ordonner la délivrance d'un extrait de ce livre. Or, comme l'observait la Cour de Metz, dès que cette inscription était le fait unique du commissionnaire, elle ne pouvait faire preuve contre l'expéditeur ; en fait, elle pourrait être inexacte, avoir été omise ; dès-lors, en cas de contestations, la preuve testimoniale peut et doit être admise suivant les circonstances.[1]

245. — Le sens de cette restriction de l'arrêt est facile à saisir. La Cour n'a pas entendu affaiblir les conséquences du droit commun et moins encore les méconnaître ; elle ne fait que consacrer un principe aussi rationnel que juridique. Ici comme dans toutes les hypothèses où la preuve par témoins est recevable, les tribunaux ne sont tenus de l'admettre que lorsque les faits articulés sont graves, précis et concordants, et rendent le fait allégué vraisemblable. Il ne suffirait donc pas de demander à prouver qu'on a remis à un commissionnaire telle quantité, telle nature de marchandises, il faut encore

[1] 17 juin 1819.

que les circonstances dont on veut induire cette remise lui impriment un certain cachet de vérité, un certain degré de vraisemblance ; il ne faut pas surtout que l'allégation soit déjà démentie par les faits acquis au procès. Or, tout cela exige une appréciation de la part du juge et recommande la conclusion de la Cour de Metz, que la preuve orale doit être admise suivant les circonstances.

246. — L'exception la plus péremptoire que le commissionnaire puisse opposer à la demande de l'expéditeur résulterait de la propriété, sur sa tête, des effets réclamés. Tous moyens de faits et de droit tendant à établir cette propriété lui sont ouverts et permis, un seul excepté, la présomption créée en fait de meubles par l'article 2279 du Code Napoléon.

Ce qui s'agite dans un procès de la nature de celui que nous supposons, est précisément le caractère de la possesion. Donc, le commissionnaire ne pourrait exciper de sa possession qu'après l'avoir purgée du vice de précarité qu'on lui reproche. Cette précarité, d'ailleurs, sa qualité même la rend vraisemblable ; donc, tant qu'il n'y a pas été statué, il n'y a en réalité aucune possession de la nature de celle exigée par l'article 2279 du Code Napoléon.

247. — Les devoirs et obligations du commissionnaire de roulage naissent de la nature des choses. L'objet principal de sa mission est le transport à leur destination des effets qui lui sont confiés. Pour que cette mission s'accomplisse, il faut d'abord que ces effets soient déposés en ses

mains. A la qualité de mandataire, il joint donc celle de dépositaire.

Comme dépositaire, il est soumis à l'obligation imposée par l'article 1927 du Code Napoléon. Comme salarié, il est placé sous l'empire de la disposition de l'article 1928 du même Code, et dès-lors plus rigoureusement tenu.

Donc, tant que la marchandise n'est pas encore chargée, il doit veiller à sa conservation et à son entretien ; avant de la mettre en route, il est obligé de s'assurer de l'état de la marchandise et de la mettre en position de faire le voyage. Ainsi, enseigne M. Pardessus, il a dû réparer les tonneaux qui fuyaient.

248. — Comme mandataire chargé de faire voyager la marchandise, il doit pourvoir à lever tous les obstacles qui pourraient contrarier la libre circulation des effets à transporter, comme aurait été tenu de le faire le mandant lui-même. Il est donc obligé de remplir ou de faire remplir par le voiturier qu'il emploie toutes les formalités imposées soit par la loi, soit par les règlements locaux ; par exemple, d'acquitter les droits grevant les choses à transporter, sauf l'action en remboursement contre l'expéditeur ou le destinataire.

De là encore l'obligation, ce devoir rempli, de remettre aux mains du voiturier, pour qu'il puisse en justifier, le cas échéant, les pièces et documents en constatant l'accomplissement. L'inobservation de cette obligation mettrait à sa charge les conséquences dommageables qu'elle aurait déterminées. Ainsi, enseigne Merlin, le commissionnaire répond de la saisie de la marchandise

qu'il a reçue en entrepôt, lorsqu'il a négligé de remettre au voiturier, à qui il les a confiées, les acquits, certificats ou autres pièces qui doivent assurer à ces marchandises un libre passage par les différents bureaux de douane où elles doivent être visitées.[1]

249. — La mise en route de la marchandise ne fait pas cesser, pour le commissionnaire, la qualité de dépositaire. Au lieu de délivrer personnellement la chose, il la délivre par le voiturier qu'il a choisi et dont il répond dès-lors. C'est dans ce sens que l'article 98 déclare le commissionnaire garant des avaries ou pertes des marchandises et effets, s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture, ou force majeure.

Le Tribunal de commerce de Paris avait cru que, lorsque le commissionnaire était en même temps l'agent de l'expéditeur, l'article 98 subissait une exception. Mais ce jugement, ayant fait l'objet d'un pourvoi, était cassé par la Cour suprême pour violation de l'article 98.[2]

La responsabilité du commissionnaire est donc générale et absolue ; elle ne comporte que les deux exceptions expressément prévues : la convention contraire, la force majeure.

250. — La consécration de la première répondait à une juste prévision dont le législateur devait se préoccuper. Les circonstances, en effet, pouvaient rendre l'obligation de l'article 98 tellement onéreuse, que nul

[1] *Rép.*, v° *Commission*, § 5, n° 5.
[2] 20 mai 1818.

ne consentit à s'y soumettre. Il était donc prudent de laisser aux parties intéressées une entière liberté à ce sujet.

On le devait d'autant plus que cette liberté ne répugne à aucun principe de droit. « Chacun, enseigne avec raison M. Pardessus, a le droit de se décharger, par convention, de la garantie du fait d'un autre dont il se trouve chargé par la nature du contrat. Cette liberté pouvait d'autant moins être refusée au commissionnaire, qu'elle ne peut produire ses effets que par l'acceptation du commettant, qui, de son côté, peut la refuser. S'il donne son consentement, on ne voit pas comment et pourquoi on le délierait de son engagement.

251. — Mais cette règle doit se renfermer dans de certaines limites. La clause de non-garantie, par exemple, ne saurait dispenser le commissionnaire de l'obligation de fournir une voiture ou un vaisseau en état et propre à faire le voyage convenu ; elle doit s'entendre uniquement des avaries et pertes déterminées par des chances ordinaires, et non du préjudice produit par le vice propre de la chose affectée à opérer le transport.

Ainsi, la Cour de cassation déclarait, le 11 janvier 1842, que la clause d'un connaissement portant que l'armateur ne sera pas responsable des périls et fortunes de mer de la navigation, *et des accidents de toute nature*, ne peut, quelques larges que soient ses termes, être considérée comme applicable à la responsabilité des avaries ou pertes de la marchandise causées par le vice propre du navire.[1]

[1] *J. D. P.*, 1, 1842, 307.

252. — La stipulation de non-garatie, qui ne couvre pas le vice propre de la chose affectée au transport, ne saurait, *à fortiori*, s'étendre au fait personnel du commissionaire. Admettre le contraire, serait donner à cette clause une étendue telle qu'elle violerait un principe incontestable et une prohibition formelle de la loi. Chacun, en effet, répond de son propre fait, et s'il est permis et licite de répudier la responsabilité du fait d'autrui, la loi ne pouvait ni permettre ni tolérer une convention dont l'effet serait non-seulement la faculté de négliger le devoir, mais encore celle de se livrer à son gré à tels ou tels actes dommageables.

La clause qui arriverait à un pareil résultat, disait la Cour d'Aix, serait essentiellement illégale et nulle comme contraire à la loi qui ne permet pas d'affranchir tout mandataire en général, et les patrons et capitaines, en particulier, de leurs faits personnels, de leur négligence plus ou moins coupable, plus ou moins funeste; autrement, il n'y aurait plus, de leur part, aucune responsabilité, et, avec elle, tomberait en même temps la seule garantie que la loi ait pu donner aux chargeurs forcés de s'abandonner à leur vigilance, et dont la fortune se trouverait ainsi compromise continuellement.[1]

Il suit de ce qui précède que les seuls commissionnaires chargeurs aptes à stipuler la clause de non-garantie sont ceux qui se bornent au rôle d'intermédiaires entre les expéditeurs et les voituriers. Il est vrai, dans ce cas, que ces derniers sont de véritables tiers, des actes des-

[1] 6 août 1825

quels ils peuvent légalement décliner la responsabilité.

Quant aux maisons de commission qui exécutent les transports avec leur propre matériel, elles sont personnellement voituriers en même temps que commissionnaires; elles ne sauraient donc répudier la responsabilité des actes de ceux qui, en leur nom et dans leur intérêt, sont chargés de la conduite des voitures, sans stipuler la non-garantie de leur propre fait, et par conséquent sans contrevenir à la prohibition que la loi en consacre.

253. — L'article 98 exige que la stipulation de non-garantie soit inscrite dans la lettre de voiture. Mais cette prescription est essentiellement démonstrative, et n'a qu'un but, à savoir : celui de subordonner l'existence et la régularité de la convention à la preuve écrite, et d'interdire dès-lors la faculté de l'établir par la preuve testimoniale.

Donc, une convention de ce genre doit résulter d'un écrit formel; dès que cet écrit existe, la condition de la loi est remplie. Il se rencontrera souvent que la stipulation de non-garantie sera arrêtée et convenue avant que les marchandises aient pu faire l'objet d'une lettre de voiture, parce que le commissionnaire, avant de s'en charger pour les expédier, aura voulu fixer la nature des obligations auxquelles il entend se soumettre. Or, il ne pouvait être dans la pensée du législateur de repousser un acte de ce genre. Il servira donc à déterminer la responsabilité du commissionnaire, et comme la convention ne résultera souvent que de la correspondance, c'est, en réalité, celle-ci qui en établira l'existence.

Cette preuve aurait même un effet plus assuré et plus décisif que l'énonciation de la lettre de voiture. Celle-ci ne deviendrait obligatoire pour l'expéditeur que s'il avait signé lui-même la lettre de voiture. A défaut de cette signature, la stipulation de non-garantie resterait, en l'état, une prétention de la part du commissionnaire; mais le contrat n'aurait jamais existé régulièrement, rien ne prouvant que cette prétention ait été acquiescée par le véritable intéressé.

254. — La force majeure produit l'effet attaché à la stipulation de non-garantie. C'était là la conséquence nécessaire du principe que la force majeure ne saurait nuire ni profiter à personne.

Malgré le silence gardé par l'article 98 sur le fait fortuit, il est certain que celui-ci produirait, en faveur du commissionnaire, l'effet résultant de la force majeure. Cette solution s'induit de l'article 1784 du Code Napoléon, qui, par rapport au voiturier, met sur la même ligne le fait fortuit et la force majeure. Or, il ne peut exister de garantie que dans la supposition d'un obligé principal, de l'insuffisance duquel on répond soit conventionnellement soit légalement. Dans notre hypothèse, le commissionnaire n'est tenu qu'à ce titre, si bien qu'il est recevable et fondé à se faire relever par le voiturier des effets de sa garantie. Dès-lors, si dans l'hypothèse d'un cas fortuit, le voiturier ne doit rien, le commissionnaire n'a rien à garantir, et repousserait avec succès toute prétention de la part de l'expéditeur.

255. — On a beaucoup disserté sur les caractères constitutifs du cas fortuit et de la force majeure. Nous croyons qu'il est facile de les déterminer, en ayant égard non-seulement à la nature de l'accident, mais encore aux circonstances qui l'ont vu s'accomplir. Dans notre matière, il n'y aura cas fortuit ou force majeure en faveur du commissionnaire, que s'il justifie que, de sa part et de celle du voiturier, il n'y a eu ni faute, ni imprudence, ni négligence, ni incurie, et qu'ils n'ont pu ni prévoir, ni prévenir, ni empêcher, ni atténuer l'accident qui a occasioné l'avarie ou la perte.

Quelque extraordinaire, quelque fortuit que soit un événement, si sa cause directe ou indirecte peut être attribuée à un manque de précautions, à l'oubli des conseils de la prudence, cet événement ne constitue plus, dans le sens légal de ces mots, ni le cas fortuit, ni la force majeure. Eclaircissons notre pensée par quelques exemples.

La Cour de Paris jugeait, le 1er frimaire an XIV, qu'on doit considérer comme le résultat, non de la force majeure, mais de la négligence, l'incendie occasionné par le contact d'un chargement d'acide nitreux et d'huiles à vernis, mêlés par le commissionnaire à d'autres objets ;

Elle déclarait, le 29 avril 1820, que l'incendie des effets expédiés ne peut être considéré comme un événement de force majeure dont un commissionnaire ne soit pas responsable, lorsque cet accident n'a été causé que par le mélange de matières inflammables chargées sur la même voiture.

En effet, dans l'un et dans l'autre cas, il y avait un

moyen simple d'empêcher l'accident, c'était de ne pas placer l'acide à côté des huiles, les matières inflammables avec d'autres effets. Cette conduite, la prudence en faisait un devoir; elle eut prévenu l'événement, qui, dès-lors, eut pu être empêché, ce qui, indépendamment de la faute, suffirait pour lui faire perdre tout caractère de force majeure.

Dans l'espèce du second arrêt, le commissionnaire excipait de ce qu'il était resté étranger au mélange; de ce que, n'ayant pas lui-même fourni l'entier chargement, il avait ignoré la nature des effets chargés par le voiturier. Mais, répondait-on, cette ignorance même est une faute, car il est du devoir du commissionnaire de s'assurer que la chose qu'il expédie pour compte de son commettant voyagera avec sécurité. Il doit donc connaître la nature du chargement dans lequel il vient la confondre. Or, cette connaissance il lui est toujours facile de l'acquérir, en se faisant communiquer les lettres de voiture; sa négligence a donc seule déterminé l'accident que sa vigilance aurait prévenu, et qui perd par cela seul tout caractère de fait fortuit ou de force majeure, *ubi diligentissimus præcavisset et providisset, non dicitur proprie casus fortuitus.*

Il y a, dans ces deux arrêts, un exemple de responsabilité encourue par le commissionnaire, soit *in committendo*, soit *in omittendo*. Qu'ils soient l'un et l'autre parfaitement juridiques, c'est ce dont il n'est pas permis de douter. C'est donc par les inspirations qui les ont dictés que devront se résoudre les cas analogues. Il n'y a cas fortuit ou force majeure que lorsque celui qui l'al-

lègue a réellement pris toutes les précautions et les mesures que suggère la prudence humaine.

Le vol comme l'incendie peut, suivant les circonstances, constituer ou non un cas fortuit, une force majeure. S'il a eu lieu la nuit, avec effraction, dans les magasins du commissionnaire ou du voiturier, on n'aura à leur reprocher ni défaut de vigilance ni manque de précaution, s'il est établi qu'ils avaient fermé leur maison, barricadé leur magasin. L'accident sera, dès-lors, le résultat de la force majeure.

Tel ne saurait être le vol, avec ou sans effraction, commis le jour, dans les magasins du commissionaire ou du voiturier, ou sur le véhicule qui transporte les effets. Il est évident qu'une surveillance plus active eût pu et dû l'empêcher; il y a donc négligence et faute, et par conséquent responsabilité.

L'existence du cas fortuit ou de la force majeure est donc subordonnée à l'absence absolue de toute omission, négligence et imprudence. L'une ou l'autre acquise, l'auteur est responsable, alors même que l'événement qu'il s'agit de réparer n'eu serait pas l'effet immédiat. Il suffit que l'acte reproché ait pu le déterminer pour que l'exception de force majeure devienne irrecevable.

Telle était la doctrine de l'école italienne, que Casarégis enseigne : *Quando culpa præcessit casum, tum casus fortuitus non excusat*. Il ajoute : *Animadvertendum est non esse necessarium, quod culpa sit præcise ordinata ad casum, sed sufficere, quod secundum possibilitatem actus dicatur ordinata, nempe quod possibile sit ex causa illa effectum sequi*; *culpa or-*

18

dinata ad casum dicitur si ex ea poterit evenire casus.[1]

En résumé donc, il n'y a cas fortuit ou force majeure que lorsque l'avarie ou la perte a été occasionnée par un de ces événements contre lesquels viennent échouer toutes les prévisions, toute la prudence humaine. Si l'événement a été précédé d'une faute, il est considéré comme le produit de celle-ci, et la faute consiste, non pas seulement dans l'acte positif, mais encore dans toute omission d'une précaution qu'exigeait la nature de l'affaire: ***Etiam si aliquis non faciet quod diligens, seu diligentissimus paterfamilias secundum naturam contractus fecisset.***[2]

256. — Le commissionnaire poursuivi en responsabilité, qui excipe de la force majeure, est tenu de la prouver. Cette preuve n'est utile que si, en établissant l'accident dommageable, elle justifie de ses causes qui doivent s'être produites sans qu'il ait à s'imputer ni faute, ni imprudence, ni négligence. Nous avons déjà examiné les objections qui ont été faites à ce sujet, et notamment celle puisée dans le caractère négatif de la preuve. Nous nous en référons à nos précédentes observations.[3]

257. — Il est d'autres exceptions que l'article 98 n'avait ni à prévoir ni à établir, parce qu'elles se réfèrent

[1] *Disc.* 23, n°s 52, 54 et 55.
[2] Casaregis, *ibid.*, n° 54.
[3] *Sup.*, n°s 154 et suiv.

à un ordre d'idées tout à fait en dehors de sa disposition. Nous voulons parler du fait personnel de l'expéditeur, du vice propre de la chose.

La responsabilité du commissionnaire ne pourrait ni rationnellement ni équitablement aller jusqu'à l'obligation de réparer les conséquences de la faute ou du fait personnel de l'expéditeur. Le doute n'était pas même possible.

De là, cette conséquence que l'avarie ou la perte occasionnée par le vice de l'emballage devrait être à la charge de l'expéditeur. La difficulté à ce sujet ne peut naître que sur l'existence du vice allégué, dont l'appréciation rentre dans le domaine souverain des juges.

Il en serait de même du vice du chargement, s'il était établi que ce chargement a été fait par l'expéditeur ou par ses employés. C'est ce que la Cour de Bourges jugeait le 24 janvier 1844.[1]

258. — Le vice propre de la chose peut se placer dans la catégorie des faits personnels de l'expéditeur; celui qui se charge d'une marchandise périssable ne saurait changer sa condition en la confiant à un commissionnaire pour la transporter dans un autre lieu. La perte ou les détériorations qui ne proviennent que de la nature de la chose doivent donc continuer de rester à sa charge.

D'ailleurs le vice propre constitue en réalité une force majeure, puisque les soins et les précautions les plus minutieux ne sauraient en prévenir ou arrêter les effets.

[1] *J. D. P.*, 1, 1845, 706.

Enfin, l'absence de toute responsabilité pour le commissionnaire naîtrait ici de la disposition de l'article 103. Cette responsabilité n'existe qu'à titre de garantie de l'obligation du voiturier. Elle suppose donc nécessairement la coexistence de celle-ci. Or, l'article 103, en dispensant le voiturier de toute responsabilité quant aux conséquences du vice propre, en dispense par cela même le commissionnaire qui n'a plus rien à garantir.

259. — La responsabilité que l'article 98 fait peser sur le commissionnaire varie dans ses effets, suivant qu'il s'agit d'une perte totale ou partielle ou d'une avarie. En cas de perte, ce qui est dû par le commissionnaire, c'est la valeur intégrale de tout ce qui a été perdu. Cette valeur se compose du prix que la marchandise aurait produit si elle était heureusement arrivée sur le marché où elle était attendue.

Mais, en rendant compte de ce prix total, le commissionnaire doit être indemnisé lui-même des frais de transport. Nous avons déjà dit que le prix d'une chose se compose non-seulement de sa valeur vénale, mais encore de ce qu'il en a coûté pour l'amener sur le marché de consommation. Donc l'expéditeur profiterait et bénéficierait de la perte si, soldé du prix, il était dispensé de payer les frais de transport. D'ailleurs, si la marchandise était arrivée heureusement, il aurait payé les frais et n'aurait jamais perçu au-delà du prix courant. Donc, dès l'instant qu'il reçoit celui-ci, il ne saurait refuser ceux-là, son unique droit étant d'être placé, malgré la

perte, dans la position qu'il aurait eue en cas d'heureuse arrivée.

260. — Dans l'hypothèse d'une simple avarie, le droit du destinataire, comme celui de l'expéditeur, se borne à l'indemnité de la moins value occasionnée par la détérioration. Le premier ne peut même refuser de recevoir la marchandise ni de tenir compte des frais du transport, son droit consiste uniquement à se faire payer la différence de valeur entre le prix de la marchandise avariée, et celui qu'elle eût produit en état sain.[1]

Il en serait autrement si l'avarie était telle qu'elle rendît la marchandise absolument impropre à sa destination ; le laisser pour compte, avec tous les effets qu'il produit, pourrait dans ce cas être autorisé.

261. — Dans l'exécution du transport qui lui est confié, le commissionnaire de roulage agit comme mandataire de l'expéditeur. Il est donc étroitement tenu de se conformer aux instructions que celui-ci lui a transmises quant au mode d'exécution.

Ainsi, si ces instructions sont de faire voyager les marchandises par la voie de terre seulement, le commissionnaire ne peut les expédier par eau, soit pour la totalité, soit pour une partie du trajet, sans être tenu d'indemniser l'expéditeur du préjudice qui en est résulté, alors même que le voiturier par terre n'aurait fait que se conformer à un usage général, en transbordant, à raison

[1] Metz, 18 janvier 1815.

des localités, son chargement dans un bateau pour en achever le transport. C'est ce que la Cour de Bordeaux consacrait formellement le 22 juillet 1835.

Dans ce cas, comme dans tous ceux où il y a eu violation de l'ordre, le commissionnaire étant en faute, sa responsabilité ne s'effacerait pas même devant la force majeure. Toutes les avaries souffertes pendant le trajet par eau, quelle qu'en fût d'ailleurs la cause, demeureraient à sa charge.

Mais il est évident, dans notre hypothèse, qu'aucune faute n'est à reprocher au voiturier par eau qui a transporté les marchandises à leur destination, celui-ci n'est pas tenu de se conformer à des instructions qu'il ne connaît pas et dont il n'a pas même à s'informer. Le transport qu'il opère n'est donc que le légitime exercice de son industrie. Aussi, dans son arrêt de 1835, la Cour de Bordeaux décide-t-elle qu'à son endroit le destinataire ne peut refuser de recevoir la marchandise ni le payement du transport; que son droit se borne à recourir contre son commissionaire pour être indemnisé du préjudice qu'il est dans le cas d'éprouver.

262. — Le commissionnaire est tenu de mettre la marchandise en route dès sa réception. Nous verrons tout à l'heure que la lettre de voiture doit déterminer le délai dans lequel le voyage devra s'accomplir.

Mais cette indication se réfère uniquement aux jours de route qui sont accordés. Le délai ne commence donc à courir que de la date de la lettre qui constate le chargement et le départ.

On comprend dès-lors que si le commissionnaire a retardé ce départ pendant un temps plus ou moins long, gardant dans ses magasins la marchandise à expédier, la circonstance que le voiturier qui en a été chargé, l'a rendue à sa destination dans le délai imposé par la lettre de voiture le libérerait bien personnellement de toute responsabilité quant à la durée du voyage, mais ne saurait affranchir le commissionnaire de l'obligation de réparer le préjudice que son retard d'expédier aurait occasionné. Cette obligation ne cèderait que devant la preuve que ce retard a été causé par l'impossibilité de se procurer des moyens de transport ou par tout autre événement de force majeure.[1]

263. — La marchandise doit être acheminée par la route la plus directe, du point de départ au point d'arrivée. Celle-ci prise ne peut plus être abandonnée sous aucun prétexte, sauf les cas de nécessité imposés par les circonstances.

Le commissionnaire qui aurait expédié par une autre route répondrait de l'avarie ou perte survenue pendant le voyage, même par un accident de force majeure. Il est possible, en effet, que l'accident ne se fût pas produit si on avait suivi la bonne route, et cette possibilité le ferait attribuer à la faute de ne pas l'avoir fait; il en serait de même, en cas de déroutement, de tous les accidents survenus depuis qu'il s'est effectué. Cette solution,

[1] Paris, 9 fructidor an XIII; 5 mars 1812; Cass., 28 août 181 ; Colmar, 18 décembre 1812.

fondée sur la maxime *Quando culpa præcessit casum, tum casus fortuitus non excusat*, peut avoir sa fréquente application dans les expéditions maritimes.

264. — L'article 97 rend le commissionnaire garant de l'arrivée dans le délai fixé par la lettre de voiture. L'étendue de cette responsabilité est ordinairement indiquée par la lettre de voiture qui, en déterminant le délai, fixe la peine du retard, laquelle consiste en une réduction du prix convenu pour le voyage. Cette peine est encourue en faveur du destinataire par le seul fait du retard, qui l'autorise à opérer la réduction stipulée, sans qu'il ait à justifier d'un préjudice quelconque.

Cette peine sera-t-elle seule applicable dans tous les cas, dans celui notamment d'un retard prolongé ayant occasionné ou devant occasionner un préjudice considérable ?

La négative semble résulter de l'article 97 lui-même. A quoi bon, en effet, déclarer le commissionnaire garant de l'arrivée dans le délai déterminé, si le destinataire ne pouvait jamais demander autre chose que la réduction convenue? Mais pour l'obtenir il n'aura jamais à recourir contre personne. Il est en position de se l'adjuger de ses mains, et obligé même de le faire, puisque, s'il payait intégralement le voiturier, il se rendrait non-recevable à réclamer plus tard cette réduction elle-même.

Evidemment, le législateur qui allait proclamer cette fin de non-recevoir dans l'article 105 avait en vue, en sanctionnant l'article 97, autre chose que la réduction stipulée dans la lettre de voiture et pour laquelle la res-

ponsabilité du commissionnaire était d'autant plus inutile à établir qu'elle ne saurait jamais aboutir à effet. C'est ce que la jurisprudence a parfaitement compris.

Elle a en conséquence consacré que la stipulation de la lettre de voiture ne prévoyait que le retard simple et ordinaire, insusceptible d'occasionner un préjudice plus ou moins considérable, indépendant des fautes du commissionnaire ; que dans le cas d'un retard extraordinaire le propriétaire a droit à une indemnité proportionnée au dommage qu'il a éprouvé ; c'est ce que la Cour de cassation notamment jugeait le 6 décembre 1814.

Cette doctrine a le mérite de vivifier le principe de l'article 97, en permettant de l'appliquer, le cas échéant. En supposant, en effet, que le retard extraordinaire ne soit dû qu'à la faute du voiturier, le commissionnaire n'en serait pas moins garant de l'indemnité à laquelle il donnerait lieu, sauf son recours contre le voiturier.

265. — Cette garantie a pour effet de contraindre le commissionnaire de relever l'expéditeur de toutes les adjudications prononcées contre lui en faveur du destinataire. En conséquence, si ce dernier, malgré le retard, consent à accepter les marchandises, et se borne à demander un dédommagement pécuniaire, c'est ce dédommagement, tel qu'il est déterminé par les juges, que le commissionnaire devra payer à l'expéditeur.

Mais si le retard a été tel que le destinataire soit autorisé à refuser de recevoir et à laisser l'envoi pour compte de l'expéditeur, celui-ci pourra-t-il faire refluer ce laisser pour compte contre le commissionnaire, et

exiger de lui le payement du prix auquel il avait vendu au destinataire?

La Cour de Paris se prononçait pour la négative, en jugeant, le 11 juillet 1835, qu'en cas de retard dans l'arrivée des marchandises à leur destination, l'indemnité ne peut consister que dans la différence entre le prix de facture et l'estimation actuelle. De son côté, la Cour de Douai déclarait, par arrêt du 24 juin 1837, qu'aucune disposition de loi n'autorise l'expéditeur ou le destinataire à laisser pour compte du commissionnaire la chose qu'il a été chargé de transporter, faute par lui d'en avoir effectué le transport dans le délai fixé par la lettre de voiture.[1]

266. — Si nous étions réduit à chercher cette disposition de loi, que désire la Cour de Douai, peut-être la rencontrerions-nous dans le principe de l'article 97, La garantie du commissionnaire a nécessairement pour objet de le contraindre à indemniser l'expéditeur de sa faute ou de celle de son préposé, le voiturier. Or, si le laisser pour compte est par lui-même préjudiciable, pourquoi en exonérer le commissionnaire qui en a déterminé la nécessité, et le mettre à la charge de l'expéditeur, qui n'a rien à se reprocher. Celui-ci devrait donc souffrir de la faute d'autrui, et n'est-ce pas contre ce résultat que l'article 97 a été édicté?

Mais la question est bien plutôt de savoir si la loi a prohibé le laisser pour compte contre le commission-

[1] *J. D. P.*, 1, 1838, 130.

naire que de rechercher si elle l'a ou non formellement autorisé. Or, le principe que le retard extraordinaire oblige le commissionnaire à indemniser de tout le préjudice en résultant admis, et il l'est par la Cour de Douai, le laisser pour compte, loin d'être prohibé, s'induit implicitement de ce principe, car il peut être le seul mode susceptible de rendre la réparation suffisante et complète.

En quoi d'ailleurs ce mode empire-t-il la position du commissionnaire? A-t-il d'autre conséquence possible que de lui faire payer la différence entre le prix de facture et la valeur actuelle? S'il paye en totalité le premier, il percevra la seconde par la vente des effets laissés pour compte. En réalité donc, tout ce que produit la mesure, c'est de laisser à la charge du commissionnaire les éventualités de la vente qui n'atteindra pas toujours l'évaluation donnée à la marchandise ; et c'était justice. En effet, la vente qu'en avait faite l'expéditeur, demeurant sans effet par la faute du commissionaire, en droit et en équité les chances de perte qui résultaient de cet état de choses devaient être subies par l'auteur de la faute.

267. — Ces considérations, judicieusement développées, étaient consacrées par la Cour de Nîmes, jugeant, le 11 août 1831, que le laisser pour compte du commissionnaire devait être autorisé.

Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation, comme violant l'article 1784 du Code Napoléon et les articles 97 et 104 du Code de commerce. De la combinaison de ces dispositions, disait-on à l'appui du pourvoi, il résulte

que le retard ne donne lieu qu'à une simple indemnité. Ce n'est qu'en cas de perte que les commissionnaires sont astreints à payer la valeur entière des effets.

Les articles 97 et 104, qui parlent du retard, n'infligent à titre de peine qu'une indemnité. Obliger dans ce cas le commissionnaire à prendre les marchandises pour son compte, ce serait créer à son détriment une pénalité qui n'est pas dans la loi.

On répondait : Le principe de l'indemnité due pour le préjudice causé par le retard dans l'arrivée une fois admis, les juges étaient maîtres de déterminer la nature de cette indemnité, et de dire en quoi elle consisterait; dès-lors s'ils pensaient que le seul moyen pour le commissionnaire de réparer le préjudice fûtde payer la valeur des marchandises, en les gardant pour son compte, rien ne s'opposait à ce qu'ils prononçassent la condamnation en ce sens, et il est des cas dans lesquels ce mode d'indemnité sera le seul juste et équitable; d'ailleurs, les juges du fond sont toujours arbitres souverains de la quotité des dommages-intérêts. Or, ne pouvaient-ils pas les fixer à une somme égale à la valeur des marchandises? La différence qu'on veut établir entre le cas de perte et celui de retard n'est nullement fondée, car le dommage, dans l'un et l'autre cas, peut être le même.

Ces considérations déterminèrent la Cour de cassation. Par arrêt du 3 août 1835, le pourvoi fut rejeté : Attendu que la loi, en gardant le silence sur le mode de l'indemnité à laquelle elle soumet le commissionnaire de roulage, voiturier et entrepreneur de messageries, pour le cas où les marchandises sont arrivées tardivement à

leur destination, a laissé aux tribunaux à déterminer cette indemnité d'après les faits et circonstances; d'où il suit que, dans l'espèce, en choisissant pour régler l'indemnité, qui n'était pas contestée, un mode de réparation entre plusieurs autres, la Cour de Nîmes n'a fait qu'user du droit qu'elle avait et n'a violé aucune loi.

Le caractère rationnel et juridique de cette doctrine ne saurait être méconnu ni contesté. Elle est donc destinée à prévaloir en jurisprudence. C'est ce que la Cour d'Aix a pensé en la consacrant expressément le 10 janvier 1856. Cet arrêt rendu sur notre plaidoierie, en faveur de M. Estelle contre MM. Auzilly et Freinet, n'a encore paru dans aucun recueil.

268.—Le retard donnant lieu au laisser pour compte peut avoir une autre conséquence en faveur du destinataire. La privation de la marchandise l'aura contraint à se pourvoir ailleurs, peut-être avec un grand renfort de frais; elle l'a, dans tous les cas, frustré du bénéfice de la revente. Il est donc recevable et fondé à réclamer d'être indemnisé des uns ou de l'autre, à titre de dommages-intérêts pour l'inexécution du contrat.

Toutes les adjudications prononcées à cette occasion contre l'expéditeur réfléchiraient naturellement contre l'auteur unique de cette inexécution, le commissionnaire. Il devrait donc, avec le laisser pour compte, payer et la valeur des marchandises et les dommages-intérêts alloués au destinataire.

269. — Il en est de la responsabilité du retard dans

l'arrivée, comme de celle pour avarie et perte, c'est-à-dire qu'elle s'efface et disparaît devant le cas fortuit ou de force majeure. Les principes ordinaires conduisaient à ce résultat, alors même que l'article 97 aurait omis de le consacrer. La force majeure ne saurait nuire à l'un, profiter à l'autre, chacun doit en supporter les conséquences pour ce qui le concerne. L'expéditeur ou le destinataire n'est pas plus fondé à demander une indemnité que ne le serait le commissionnaire à réclamer un supplément de prix à raison de la prolongation du voyage.

270. — Mais la force majeure doit offrir le caractère que nous venons d'indiquer; de plus, l'article 97 exige qu'elle soit légalement constatée. Or, la Cour de Colmar décidait avec raison, le 6 janvier 1815, que cette constatation doit être faite *hic et nunc*, c'est-à-dire dans le lieu et au moment du sinistre, et par procès-verbal d'une autorité; que le voiturier ou le commissionnaire serait non-recevable à la faire résulter de certificats ou d'enquête obtenus après coup ou depuis le procès.

Donc, le bénéfice de l'exception consacré par l'article 97 est subordonné à la production du procès-verbal dressé par l'autorité appelée à constater l'accident, à en indiquer les causes certaines ou présumées. Cette constatation, sauf la preuve contraire de la part du destinataire ou de l'expéditeur, affranchit le commissionnaire de toute obligation. Quelque prolongé qu'ait été le retard, quelque préjudiciable qu'il soit, non-seulement on ne pourrait exiger de sa part une indemnité quelconque,

mais encore lui faire subir la retenue stipulée dans la lettre de voiture.

271. — Dans l'espèce de l'arrêt de Colmar, du 6 janvier 1815, on faisait résulter la force majeure de l'intempérie de la saison. Mais la Cour repousse cette prétention sur le motif que cette intempérie avait été prise en considération dans la détermination du délai convenu dans la lettre de voiture.

Les circonstances particulières de la cause pouvaient autoriser et légitimer cette solution, mais on ne saurait l'accepter comme applicable d'une manière absolue. Sans doute, dans la détermination du délai de voyage, le commissionnaire ne manquera jamais de faire la part de la saison dans laquelle ce voyage doit s'accomplir. Mais les prévisions à ce sujet ne s'établissent et ne peuvent s'établir que sur les obstacles ordinaires que la saison peut offrir; que sur ce que le passé peut raisonnablement faire prévoir et craindre pour le présent ou pour l'avenir.

Dès-lors, si l'intempérie a atteint un degré tellement extraordinaire, qu'en fait le voyage a dû nécessairement être interrompu et suspendu, il y aurait, à notre avis, force majeure dont on ne pourrait sans injustice imputer la responsabilité au commissionnaire. Une convention de la nature de celle que l'arrêt invoque s'applique incontestablement à la nécessité dans laquelle le voiturier se serait trouvé de partir plus tard du gite, de s'arrêter plutôt; à l'impossibilité de parcourir dans la journée le trajet qu'on eût parcouru en temps ordinaire. Mais on

ne saurait équitablement en exciper contre un obstacle absolu, tel, par exemple, qu'une de ces inondations que nous avons vues ravager certaines contrées, détruire, intercepter toutes les routes, et rendre tout parcours impossible. De pareils cataclysmes sont en dehors de toutes prévisions et rentrent essentiellement dans le cas de force majeure.

272. — Le concours du commissionnaire de roulage sera d'autant plus utile que les effets expédiés, ne pouvant arriver d'un seul trait à leur destination, devront faire des stations intermédiaires plus ou moins nombreuses, être confié à un autre voiturier et par conséquent déchargés et rechargés.

Ce soin ne pouvait être confié au voiturier qui n'aura aucun magasin dans le lieu où la substitution doit s'opérer; qui ne pourra s'occuper de son remplacement qu'après son arrivée; occupation d'ailleurs contraire à ses intérêts, puisqu'elle le retiendrait plus ou moins longtemps sur une localité qu'il a ordinairement hâte d'abandonner, et qu'elle lui occasionnerait des frais considérables.

Or, tout cela le commissionnaire est en position de l'accomplir avec la plus grande facilité. C'est à son correspondant, à la première station, que la marchandise sera adressée. Celui-ci réglera avec le voiturier, recevra les effets dans ses magasins, continuera le voyage, s'adressera à son tour à son correspondant de la prochaine station; et ainsi, de correspondance en correspondance, la marchandise arrivera à son destinataire sans autre

perte de temps que celle occasionnée par les divers stationnements qu'elle a dû subir.

273. — Le contrat de correspondance est donc un auxiliaire puissant de celui de transport. En réalité, il n'est entre l'intermédiaire et le commissionnaire primitif qu'un contrat de commission de la même nature que celui qui intervient entre ce dernier et l'expéditeur. Ce qui le distingue, c'est que le commissionnaire primitif peut refuser la mission que l'expéditeur offre de lui confier, tandis que le correspondant est obligé d'accomplir ce dont on le charge, le contrat qui le lie à son correspondant ne pouvant légalement prendre fin que par une notification préalable qu'il entend le rompre pour l'avenir.

On comprend, en effet, tous les inconvénients que le commerce éprouverait du système contraire. Dans notre matière, la marchandise refusée par le correspondant serait le plus souvent déposée à l'auberge où arrive le voiturier, exposée à de graves détériorations, tout au moins devrait-elle subir les frais d'une tierce consignation judiciaire et une perte de temps telle qu'il deviendrait impossible d'accomplir le voyage dans le délai convenu.

Tous les commerçants indistinctement sont intéressés à la prohibition d'un acte pouvant entraîner de pareilles conséquences. Ce que celui-ci ferait aujourd'hui à son correspondant, un autre le lui ferait demain à lui-même. La seule incertitude de ce qui pourrait arriver serait dans le cas de ralentir les expéditions, ou de faire impo-

ser les conditions les plus onéreuses. On ne peut donc qu'applaudir au système qui prévient toutes difficultés, tous inconvénients.

Ce système, d'ailleurs, n'offre rien d'onéreux pour les commerçants. Tout ce qu'on exige d'eux, c'est d'avertir leur correspondant qu'il n'ait plus à compter sur leur concours à l'avenir, et le mettre ainsi à même de s'en procurer un autre. Une pareille exigence n'est rien autre chose qu'une concession à la loyauté et à la bonne foi que comportent les affaires commerciales.

274. — Le système contraire était soutenu devant le tribunal de commerce de la Seine, mais il y fut expressément condamné.

« Attendu, dit le jugement, que si, en droit, tout commissionnaire de roulage peut refuser de se charger d'un transport, il est constant, en fait, que depuis longues années, Roure frères étaient en relations suivies et intimes avec Tesnières et Terral, et que ceux-ci ont pu compter sur l'acceptation du mandat qu'ils leurs donnaient par la lettre de voiture de recevoir la caisse dont s'agit;

« Que rien ne justifie un refus de leur part, puisqu'ils étaient en compte courant avec Tesnières; qu'il résulte du rapport de l'arbitre que ce compte les présentait probablement comme débiteurs de sommes supérieures à celle réclamée contre la remise de la caisse; que cette caisse restait en outre comme garantie en leurs mains, et que la somme qui suivait ainsi en remboursement n'était pas le prix de la marchandise, mais seulement un



accessoire du prix du transport par suite du passage à la douane ; qu'ainsi Roure frères ont encouru la responsabilité de leur refus vis-à-vis de leur correspondant. »

Roure frères émirent appel de cette décision. Les obligations du commissionnaire, disaient-ils devant la Cour de Paris, sont déterminées par le Code Napoléon, titre *du Mandat* ; or point de mandat sans acceptation expresse ou tacite ; dans l'espèce, il y a refus. On objecte que les deux maisons étaient en relations suivies ; qu'importe? Ces relations ne sauraient engager l'avenir, et chaque maison était libre de les faire cesser. Sur ce point, un *parere* émanant des principaux commissionnaires de roulage déclarait que la plus ou moins longue durée d'une correspondance n'empêchait pas de refuser un mandat ; enfin, on soutenait que le refus avait été verbalement notifié au représentant de Tesnières et Terral.

Personne au monde ne pouvait prétendre que par cela seul qu'on avait correspondu pendant plus ou moins longtemps on était tenu de correspondre toujours. On ne mettait donc pas en question la liberté de renoncer à des relations précédemment établies, mais on soutenait que cette liberté ne pouvait être exercée avant que, par la dénonciation de l'intention de rompre, le correspondant eût été mis à même de cesser les relations de son côté, c'est ce que la Cour de Paris consacra, le 21 décembre 1856, en confirmant le jugement dont elle adopte les motifs.[1]

[1] *J. D. P.*, 1, 1837, 250.

275. — En droit, chacun étant responsable de ceux qu'il se substitue ou qu'il emploie, le commissionnaire devait naturellement répondre du voiturier auquel il confie la marchandise, du commissionnaire intermédiaire auquel il a recours, mais l'application de cette règle soulevait, dans la matière, de graves objections. Pour ce qui concerne le voiturier, disaient les commissionnaires, nous sommes tenus, comme préposés par l'expéditeur, de faire ce qu'il ferait lui-même. Nous devons chercher un voiturier connu, et avoir soin de le charger des déclarations requises ; cela fait, notre mandat est fini, et de même que les marchands à qui on demande d'expédier des marchandises ne répondent ni des événements de la route, ni des fautes du voiturier, on ne peut nous imposer cette obligation.[1]

Quant au sous-commissionnaire, on ne pourrait nous en déclarer responsables que si sa substitution n'était pas autorisée. Or, le commettant qui a su que cette substitution était inévitable l'a, par cela même, autorisée, d'où la conséquence qu'aucune responsabilité ne saurait nous atteindre pour avoir usé de la faculté qui nous était laissée.

Avouons que ces objections sont non-seulement graves, mais encore qu'en droit commun on ne pourrait faire autrement que de les consacrer. Cependant, même avant le Code, la responsabilité du commissionnaire s'est toujours étendue aux faits du voiturier et du commissionnaire intermédiaire. Cette dérogation au droit commun

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Comm.*, § 6.

avait pour fondement l'intérêt du commerce, devant lequel, disait Casaregis, *omne jus silere debet.*[1]

276. — Le Code de commerce a expressément consacré cette pratique. Cependant, nonobstant la précision de ses termes, on a renouvelé l'objection. Lorsque par sa nature, a-t-on dit, le mandat oblige le mandataire à se substituer, celui-ci use d'un droit en faisant la substitution ; il ne peut, dès-lors, encourir aucune responsabilité.

On prétendait donc restreindre l'application de l'article 99 au cas où l'intermédiaire avait été employé, sans qu'il y eût nécessité de le faire. On voulait concilier sa disposition avec le droit commun, et non y trouver une dérogation à celui-ci.

Mais le texte et l'esprit de la loi, éclairés par la pratique antérieure à sa promulgation, repoussaient cette interprétation. Ils n'ont voulu que confirmer ce que la jurisprudence avait admis sous l'empire de l'ordonnance de 1673, à savoir : que la responsabilité du commissionnaire ayant reçu une marchandise à transporter ne cesse que lorsque cette marchandise est arrivée et a été rendue à sa destination ; d'où la conséquence qu'il est tenu des faits et du voiturier et des agents intermédiaires qu'il emploie. C'est ce que M. Regnault de Saint-Jean-d'Angely déclarait très expressément dans la discussion de l'article 99 au conseil d'Etat.

Que l'article 99 soit une exception au droit commun,

[1] V. notamment Bordeaux, 3 fructidor an VIII.

c'est donc ce qui ne saurait être ni méconnu ni contesté. Cette exception, dès qu'elle se trouve inscrite dans la loi, est devenue non-seulement réelle, mais encore essentiellement obligatoire pour les tribunaux qui n'ont jamais reculé devant ce devoir. La jurisprudence a donc banni toute distinction : que l'intermédiaire ait été employé sans nécessité, que son concours n'ait été motivé que par la nature du mandat et la force des choses, le commissionnaire primitif demeure responsable. Il ne lui suffit pas d'indiquer celui qu'il s'est substitué, il est encore tenu des garanties de ses faits et de ses actes.[1]

Par application de cette règle, la Cour de cassation jugeait, le 13 février 1844, que les commissionnaires de roulage et leurs correspondants, étant des mandataires salariés, doivent se conformer littéralement aux instructions qu'ils ont reçues, et qu'en cas d'inexécution ils répondent solidairement des événements qui ont amené pour l'expéditeur la perte de la marchandise expédiée.[2]

277. — Le principe de l'article 99 comporte exception : 1° lorsque le commissionnaire a stipulé la non-garantie. Nous venons de le dire, chacun peut légalement s'affranchir de la responsabilité du fait d'autrui, à laquelle il est soumis. Or, de même que le voiturier, l'intermédiaire est pour le commissionnaire un véritable tiers. On ne saurait donc prohiber pour l'un ce qui est

[1] Cass., 1er août 1820 ; Lyon, 5 avril 1824 ; Pau, 3 mars 1837 ; *J. D. P.*, 1, 1837, 507.
[2] *J. D. P.*, 1, 1844, 664.

expressément autorisé pour l'autre. Les mêmes raisons conduisent, dans les deux cas, à une solution identique.

278. — 2° Lorsque le commissionnaire intermédiaire a été désigné par l'expéditeur. La responsabilité écrite dans l'article 99 n'est que la conséquence de la liberté que le commissionnaire primitif a eue de s'adresser à l'un plutôt qu'à l'autre. Cette liberté n'existe pas si l'expéditeur a lui-même indiqué la personne à qui la marchandise doit être adressée ou remise. Cette indication est obligatoire ; le commissionnaire qui s'en écarterait engagerait gravement sa responsabilité. Il est dès-lors évident que cette personne a été non son préposé, mais celui de l'expéditeur, et que la responsabilité de ses actes passe sur la tête de celui-ci.

La Cour d'Aix, qui consacrait ce principe par arrêt du 20 novembre 1857, a assimilé à une désignation l'acceptation que l'expéditeur fait de l'intermédiaire que lui propose son commissionnaire et lui attache le même effet.[1] Il est évident qu'en subordonnant sa conduite à l'approbation de l'expéditeur, le commissionnaire a prouvé qu'il n'entendait rien prendre sur lui et a renoncé à user de la liberté dont il pouvait user. Cette approbation, sans laquelle l'intermédiaire n'eût pas été employé, constitue donc réellement une désignation.

279. — Le commissionnaire intermédiaire réunit sur sa tête la double qualité de mandataire de l'expéditeur et

[1] *Bulletin des arrêts d'Aix*, avril 1857 ; P. 274.

du commissionnaire primitif. Comme tel, il est obligé d'obéir aux instructions que le premier croirait devoir lui adresser directement. C'est ce que la Cour de cassation décidait expressément dans son arrêt du 13 février 1844, que nous venons d'annoter.

Cet arrêt déclare, en effet, que lorsque, sur l'ordre de l'expéditeur d'arrêter en chemin la marchandise expédiée pour qu'elle n'arrive pas au destinataire devenu insolvable, un commissionnaire de roulage a promis d'exécuter l'ordre et qu'il néglige de le faire, il est responsable du préjudice éprouvé par l'expéditeur qui n'a pu se faire payer sa marchandise ; que cette responsabilité est solidairement encourue par le commissionnaire correspondant établi dans une ville intermédiaire qui, ayant reçu de l'expéditeur le même ordre, n'y a point eu égard sous prétexte qu'il n'avait aucun ordre à recevoir de lui.

280. — Comme mandataire du commissionnaire primitif, l'intermédiaire est tenu de veiller à l'intérêt du premier, et lui garantit la conservation de tous ses droits.

Ainsi, il importe au commissionnaire principal de ne pas perdre son recours contre le voiturier qu'il a chargé du transport jusqu'au lieu habité par le correspondant désigné pour recevoir la marchandise. En conséquence, si, à l'arrivée des marchandises, celui-ci les reçoit sans protestations ni réserves, sans remplir les formalités prescrites pour en faire constater l'état; enfin, s'il paye le voiturier, il se rend garant et responsable envers son correspondant de l'avarie existante au moment de l'arrivée de la marchandise à sa destination, et comme tel il

est obligé de le relever de toutes les adjudications que cette avarie motiverait contre lui.[1]

Une pareille conduite prouverait qu'à l'arrivée chez l'intermédiaire la marchandise était en bon état ; que dès-lors, l'avarie, ayant suivi la réception, ne peut être que le fait de celui-ci ou du voiturier auquel il a confié le transport, et dont il répond. L'existence antérieure de l'avarie, même prouvée, resterait sans influence sur la solution. La responsabilité de l'intermédiaire, dans ce cas, aurait pour fondement la négligence qu'il aurait mise à remplir ses obligations et qui aurait interdit à son correspondant tout recours contre le voiturier.

281. — La règle que nous indiquons n'est pas applicable indifféremment à tous les cas d'avaries. Elle ne peut être invoquée que si l'existence de l'avarie a pu facilement être soupçonnée et supposée. Si rien dans l'état extérieur et apparent ne l'indiquait, si sa découverte exigeait un déballage, la conduite du commissionnaire ne lui ferait encourir aucun reproche fondé, il n'aurait fait que s'abstenir d'un acte qu'il n'était ni obligé, ni autorisé à faire. Une expertise, lorsque rien n'en démontre la nécessité, ne serait qu'une occasion de frais considérables, qu'une perte de temps que l'expéditeur a intérêt à éviter.

Aussi est-il admis, en jurisprudence, que lorsqu'une marchandise a été successivement transportée par plusieurs commissionnaires, il ne peut être exigé que chacun

[1] Colmar, 13 mai 1833.

d'eux fasse procéder à une expertise pour conserver son recours contre le commissionnaire qui lui remet la marchandise, alors surtout qu'il n'y a ni déficit dans le poids, ni avarie apparente ;

Que ce recours existe, à raison des avaries non apparentes, jusqu'à ce que le destinataire ayant reçu la marchandise et payé intégralement le prix du transport, ait perdu toute action contre le dernier commissionnaire ; que tant que cette action existe, celui-ci venant à être recherché, son droit à recourir contre l'auteur de l'avarie ne saurait être ni méconnu ni contesté.[1]

282. — La difficulté réelle des litiges entre commissionnaires sera de déterminer à qui l'avarie est imputable et quel est celui qui doit en répondre. A ce sujet, la Cour de cassation a posé quelques règles qu'il est utile de rappeler.

Le 18 avril 1831, elle jugeait que le commissionnaire qui a effectué une partie du transport ne peut, en cas d'avarie, exercer un recours contre le commissionnaire ou voiturier qu'il s'est substitué pour achever le transport, qu'en prouvant que c'est par la faute de ces derniers et non par la sienne propre que l'avarie a eu lieu.

Dans cette espèce, on voulait faire résulter cette preuve du fait seul de la remise des effets, et de leur acceptation par l'intermédiaire. Cela peut être vrai, nous venons de le dire, dans le cas d'une avarie apparente ou manifestée par des signes extérieurs, mais pouvait-on l'ad-

[1] Colmar, 29 avril 1845 ; *J. D. P.*, 1, 1845, 728.

mettre lorsque rien d'ostensible ne la fait soupçonner? Non, dit la Cour suprême, parce qu'alors on en est réduit à la présomption que la marchandise a été remise en bon état, et que cette présomption, obligatoire entre l'expéditeur et le commissionnaire avec qui il traite directement, ne saurait être invoquée de commissionnaire à commissionnaire.

C'est là apprécier justement la position des parties. Le commissionnaire qui, le premier, reçoit des effets à transporter, n'est pas tenu de s'en rapporter aveuglément à la déclaration du déposant. L'intérêt évident de celui-ci à présenter la chose comme étant dans un bon état, doit le mettre en garde, et lui conseille une vérification qu'il est en droit de requérir, et qui est d'ailleurs facile à réaliser.

Mais comment exiger cette vérification de l'intermédiaire? Il ne pourrait y procéder que par le déballage des marchandises, et ces déballages multiples indépendamment des frais, feraient perdre à la marchandise une partie de sa fraîcheur, et la déprécieraient ainsi plus ou moins, sans compter que son arrivée chez l'intermédiaire peut être tellement tardive que celui-ci n'aura que le temps de la remettre immédiatement en route pour la faire arriver à sa destination dans le délai fixé par la lettre de voiture.

Ce commissionnaire intermédiaire est donc, en quelque sorte, contraint de s'en référer à l'état apparent du chargement, et de suivre aveuglément la foi du correspondant qui le lui transmet. En conséquence, lorsque celui-ci prétendra que l'avarie procède de son fait, il

sera irrecevable à se prévaloir du fait de l'acceptation et, comme tout demandeur, tenu de justifier sa prétention.

Cette justification peut être difficile, mais elle n'est pas impossible. La nature de l'avarie, les causes indiquées par les experts, son plus ou moins d'ancienneté, sont tout autant d'éléments qui détermineront l'appréciation des juges. L'arrêt de Colmar, du 29 avril 1845, fournit un exemple de ce que peut et doit être cette appréciation.

283. — Enfin, en sa double qualité de mandataire de l'expéditeur et du commissionnaire primitif, le commissionnaire intermédiaire qui livre la marchandise au destinataire doit exiger le payement, non-seulement de ce qui lui est dû personnellement, mais encore des frais exposés par l'expéditeur et de ceux de tous les commissionnaire qui l'ont précédé. Ainsi, la Cour de Liège jugeait, le 26 juin 1811, que par cela seul qu'un commissionnaire intermédiaire se charge d'un transport, il est, par la nature du contrat qui se forme et par le fait de la possession des marchandises, tenu de garantir à l'expéditeur les frais qui lui sont dus à raison de l'expédition.

C'est-à-dire que le commissionnaire intermédiaire, chez lequel se termine le voyage, ne doit livrer la marchandise que contre le remboursement de tous les frais occasionnés par l'expédition, ceux dus à l'expéditeur, comme ceux dus aux précédents commissionnaires. L'inobservation de ce devoir l'obligerait personnellement au remboursement des uns et des autres, sauf son recours contre le destinataire.

284. — Les commissionnaires qui ont successivement opéré le transport ont action, pour le payement de ce qui leur est dû, chacun contre le correspondant qui leur a transmis les effets, et qui de son côté a le droit de recourir contre son propre correspondant, cette cascade de garanties aura pour effet de remonter jusqu'au commissionnaire primitif, qui est en réalité le véritable obligé.

Celui-ci à son tour est recevable à se faire garantir, non-seulement par le destinataire, mais encore par l'expéditeur avec qui il a traité.

Mais l'action contre ce dernier n'est admissible que sur la preuve que les effets à transporter ont été remis en totalité au destinataire. C'est ce que nous avons vu la Cour de cassation décider, le 20 mai 1818, contre un commissionnaire qui prétendait n'avoir agi que comme agent de l'expéditeur.

285. — Le commissionnaire chargeur jouit, relativement à la marchandise qu'il transporte, des mêmes droits que le voiturier et peut exercer toutes les actions acquises à celui-ci. Il est donc, comme lui, apte à retenir la marchandise dont il ne peut être contraint, par les destinataires, à se dessaisir que contre payement intégral de ce qui lui est dû, non-seulement pour le transport proprement dit, mais encore pour tous les frais occasionnés par le transport, et pour les sommes qu'il a payées en remboursement.

L'exercice de ce droit de rétention n'est ni dans les usages, ni dans les habitudes du commerce. Aussi, ne se réalise-t-il que dans des cas rares, et lorsque l'expé-

diteur ayant des craintes sur la solvabilité du destinataire, donne l'ordre formel de ne délivrer la marchandise que contre payement effectif.

C'est donc le privilége sur le prix de la marchandise qui sera le plus ordinairement réclamé par le voiturier ou le commissionnaire ; ce privilége ne saurait être contesté pour les frais de transport, c'est-à-dire le prix de la voiture et les dépenses accessoires que la conservation de la chose a occasionnées.

286. — Existe-t-il également pour les avances faites en remboursement? L'affirmative est enseignée d'une manière générale et absolue par M. Emile Vincens. Mais, c'est l'opinion contraire que la Cour de cassation a consacrée.

Elle jugeait, en effet, le 9 avril 1829, que le commissionnaire chargeur, habitant la même ville que son commettant, n'a pas, à raison des avances à lui faites à celui-ci, privilége sur la marchandise, quand il n'a pas observé les formalités prescrites par l'article 2074 du Code Napoléon, alors même que la lettre de voiture porterait qu'il aura le droit de se faire rembourser de ses avances par le consignataire.

On le voit, la Cour régulatrice est fidèle à son principe. Le privilége doit être établi par la loi. Il ne peut s'induire d'une convention qui le ferait résulter d'un fait auquel la loi ne l'a pas attaché. Or, dit la Cour suprême. Le privilége du commissionnaire chargeur est bien établi par l'article 2102 du Code Napoléon, mais il est restreint aux frais de voiture et aux dépenses accessoires. Relative-

ment aux avances, il n'y a privilége que si la marchandise a été remise à titre de gage, or cette remise ne peut résulter que de l'observation des formalités prescrites par l'article 2074 du Code Napoléon ; il est vrai que le droit commercial a introduit une exception ; mais, pour en revendiquer le bénéfice, il faut nécessairemenc se trouver dans les conditions de l'article 93, c'est ce qui n'existe pas lorsque le commissionnaire et le commettant habitent la même place.

287. — Il est impossible de se dissimuler l'autorité de ces considérations et leur caractère juridique. C'est donc uniquement par leur inspiration que notre question doit se résoudre.

Il est vrai que pour le commissionnaire intermédiaire, la circonstance de l'identité de résidence n'existe pas. Mais, en désintéressant son correspondant, celui-ci est purement et simplement subrogé à ses droits comme à ses obligations. C'est à lui et à lui seul qu'il a eu confiance et auquel il a fait crédit. Donc celui-ci n'a pu lui transmettre que les droits qu'il avait lui-même, et non un privilége qui ne lui a jamais appartenu. D'ailleurs, le commissionnaire intermédiaire ne reçoit jamais la chose que pour la transmettre à un tiers, et puisque l'article 2012 n'attache à ce mandat le caractère de gage que pour les frais de voiture et les dépenses accessoires, le privilége ne saurait jamais couvrir que ces frais et ces dépenses.

—

ART. 100.

La marchandise sortie des magasins du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient, sauf son recours contre le commissionnaire et le voiturier chargé du transport.

SOMMAIRE.

288. Nature de l'article 100.
289. Discussion qu'il subit au conseil d'Etat.
290. Caractère qu'elle assigne à sa disposition.
291. Dans quelle hypothèse il devient applicable.
292. Le principe ne reçoit exception que de la convention des parties, d'où résulterait cette convention.
293. L'article 100 ne peut être invoqué contre l'expéditeur, par le commissionnaire ou le voiturier.
294. Jurisprudence à se sujet.
295. Conclusion.

288. — La disposition de notre article et la règle qu'elle consacre étaient la conséquence du principe *res perit domino*. Mais où est le propriétaire lorsque sur la demande d'un commerçant des marchandises ont été confiées à un commissionnaire pour les faire arriver à ce commerçant ?

Aussi Merlin faisait-il observer que la question de propriété devait principalement être réglée, car on ne convenait pas généralement que dès que la chose est li-

vrée par le vendeur à un commissionnaire, elle devient la propriété de l'acheteur.

Mais ce règlement ne s'induisait-il pas de la nature du contrat? Dès que la vente est parfaite, elle transfère la propriété sur la tête de l'acheteur, or ne revêt-elle pas ce caractère dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix? La remise de la première, au commissionnaire chargé de la transporter au domicile de l'acheteur, n'est-elle pas la tradition réelle et effective telle que la comporte la nécessité des choses?

289. — Cependant, lors de la discussion au conseil d'Etat de l'article 100, diverses objections furent soulevées. M. Lacuée trouvait bien rigoureux de décharger le vendeur de toute garantie dès qu'il a livré les marchandises à un commissionnaire, et de faire porter tout le risque sur celui qui n'a fait que les demander.

De son côté, M. Berlier pensait que le principe posé par l'article avait besoin d'être modifié. Il est juste, disait-il, s'il ne s'applique qu'au cas fortuit ou à la force majeure qui, durant le voyage, anéantira ou détériorera la chose vendue. En ce sens, le risque pèse indubitablement sur l'acheteur déjà considéré comme maître de la chose.

Mais si le dommage provient du fait du commissionnaire ou du voiturier son agent, n'y aurait-il pas une distinction à faire quant à la responsabilité du vendeur primitif ou expéditeur? Si le commissionnaire a été désigné par l'acheteur, sans doute les suites de l'expédition ne peuvent concerner le vendeur; mais si ce dernier a

lui-même choisi le commissionnaire, pourquoi les risques provenant du fait de ce dernier ne resteraient-ils point à la charge du vendeur ?

Parce que, répondait M. Crétet, toutes ces précautions introduiraient des principes extraordinaires et contraires au droit commun ; on ne se fait expédier des marchandises que pour s'éviter la peine de venir les prendre dans les magasins du vendeur. Or, l'acheteur qui emploie ce moyen suit la foi du vendeur et s'en rapporte aux soins que celui-ci prendra. S'il avait quelque crainte, il désignerait lui-même le commissionnaire par lequel l'envoi lui sera fait ; il stipulerait que la livraison lui sera faite à son domicile. Quand il néglige ces précautions, il est réputé avoir mis les marchandises entre les mains du commissionnaire et s'en être chargé à l'instant même. Pourquoi donc convertir l'exception en droit commun, lorsqu'il est permis à chacun de se la ménager par une stipulation particulière ?

Ces considérations, appuyées par M. Bégouen, et que M. de Ségur observait être conformes à ce qui se pratiquait universellement, prévalurent ; la marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage en principe aux risques et périls de l'acheteur.[1]

290.—Ce qui résulte de cette discussion, c'est que, dans le choix du commissionnaire, le vendeur n'agit que comme le mandataire de l'acheteur. Or, comme tout mandataire,

[1] Procès-verbal du 20 janvier 1807, Locré, tom. 17, pag. 236, n° 20.

et plus encore que tout mandataire, il n'a pu contracter aucun engagement personnel, s'il s'est renfermé dans les limites de ses pouvoirs. Il fallait, en commerce surtout, se bien garder de tout ce qui pouvait ralentir le mouvement des affaires. Or, la chance de responsabilité du commissionnaire ou du voiturier, qui pouvait convertir le bénéfice de la vente en une perte, était dans le cas d'empêcher le vendeur d'accepter l'ordre d'expédier les marchandises demandées. Il ne fallait pas, disait M. Bégouen, se borner à l'hypothèse des achats de consommation, mais voir les expéditions qui se font dans les villes de commerce, elles deviendraient impossibles avec toutes les distinctions qu'on propose. Le commerce serait arrêté à moins qu'on n'établisse des chambres d'assurance pour les transports par terre.

Tout militait donc pour faire placer le vendeur remettant au commissionnaire les effets qu'on lui demande sous l'empire du droit commun en matière de mandat. Mais ce droit commun, il doit le subir dans son entier, et, malgré l'article 100, il répondrait à l'acheteur du choix évidemment mauvais qu'il se serait permis de faire, comme s'il s'était adressé à un commissionnaire notoirement improbe ou insolvable.

291. — Le principe consacré par l'article 100 suppose une vente parfaite et définitive, soit que, s'agissant d'un corps certain et déterminé, le contrat devienne parfait par le seul concours des volontés sur la chose et sur le prix, soit que la chose vendue n'étant déterminée que

par son espéce et sa quantité, la perfectibilité du contrat soit subordonnée à la délivrance.

Dans le premier cas, la remise au commissionnaire place d'autant mieux la chose aux risques et périls de l'acheteur, qu'elle s'y trouve naturellement et avant même cette remise. Supposez qu'aprés la vente, cette chose se détériore ou périsse entre les mains du vendeur, celui-ci ne pourrait être recherché que si l'événement pouvait être imputé à sa faute ou à sa négligence. Dans tous les autres cas, le vendeur ne serait plus qu'un dépositaire de la chose d'autrui, dont la perte reste à la charge du propriétaire, *res perit domino*.

Dans le second, la remise aux mains du commissionnaire en espèce et en quantité demandées constitüerait la délivrance, rendrait la vente parfaite et définitive, et placerait dès cet instant la chose aux risques et périls de l'acheteur. *qui mandat ipse fecisse videtur*. Le commissionnaire délégué par le mandataire est présumé choisi par le mandant lui-même, en conséquence, il le représente valablement pour la tradition qui en est faite en ses mains.

292.—Cette règle est absolue et générale et ne reçoit d'autre exception que celle qui résulterait de la nature de la vente convenue entre les parties, dans le cas, par exemple, où la marchandise achetée dans un lieu est stipulée livrable dans un autre. Une pareille stipulation oblige le vendeur à conduire la chose au lieu où elle doit être livrée, car la vente ne sera parfaite que par la livraison elle-même, elle laisse donc la chose à ses risques et

périls; tant qu'elle n'est pas rendue et livrée, elle n'est pas sortie de ses magasins dans le sens de la loi.

La franchise de port exigée par l'acheteur, convenue par le vendeur, constitue en réalité la stipulation dont nous venons de parler. La marchandise voyageant aux frais de ce dernier demeure à ses risques et périls, elle n'entrera en possesion de l'acheteur que lorsque, rendue à son domicile ou dans tel autre lieu, elle lui sera remise effectivement, ou qu'il sera mis en demeure de l'y recevoir.

Ainsi, ce qui détermine l'application de notre article, c'est le mode de livraison convenu. Or, indépendamment de la convention des parties, ce mode varie suivant la nature de la vente; selon que cette vente est pure et simple ou conditionnelle; suivant que la chose vendue est un corps certain ou déterminé, ou laissée au choix de l'acheteur, ou seulement indiquée par son espèce et sa quantité; ou soumise à la dégustation, à un pesage ou mesurage. Nous verrons, sous le titre suivant, à quel moment la chose se trouve réellement livrée dans ces divers cas ; ce qui est certain, c'est que l'article 100 ne serait applicable qu'après livraison réellement ou virtuellement accomplie.

Enfin, l'article laissant aux parties la plus entière liberté pour la stipulation de leurs accords, il est hors de doute que la convention mettant le voyage aux risques et périls du vendeur, même après vente parfaite et livraison dans ses magasins, serait licite et valable et qu'elle devrait recevoir sa pleine et entière exécution.

293. — L'article 100 a soulevé quelques difficultés relativement aux droits que l'expéditeur pourrait vouloir exercer contre le commissionnaire. Puisque dans l'hypothèse prévue par cet article, a-t-on dit, la chose est devenue la propriété de l'acheteur, qu'elle voyage à ses risques et périls, lui seul est admissible à se plaindre, soit du défaut d'arrivée, soit de la fausse direction donnée à la marchandise. Toute action exercée à raison de ce, par l'expéditeur, doit donc être écartée.

C'est là étrangement se méprendre sur le caractère et le but de l'article. Sa disposition n'a et ne pouvait avoir d'autre objet que celui de régler l'intérêt respectif de l'expéditeur et du destinataire, et de déterminer qui des deux supporterait en définitive la perte ou le dommage que le voyage pouvait entraîner, dans le cas surtout où cette perte ou ce dommage provenant d'un cas fortuit ou de force majeure, aucun recours ne pourra être exercé, ni contre le commissionnaire, ni contre le voiturier.

L'article laisse donc en dehors ces derniers. Il ne s'en occupe qu'au point de vue de l'action que le propriétaire peut être appelé à exercer contre l'un ou contre l'autre, le cas échéant. Et cette diposition était indispensable, le commissionnaire ou le voiturier aurait pu dire au propriétaire : nous n'avons jamais traité avec vous, nous ne sommes donc en rien tenu à votre égard, et c'est pour prévenir cette objection que le législateur a formellement consacré le recours.

Donc, notre article ne s'occupe du commissionnaire et du voiturier que pour régler leurs rapports avec le propriétaire, et nullement à l'endroit de l'expéditeur. Il

n'avait rien à faire à l'égard de celui-ci, puisque de lui au commissionnaire et au voiturier, il n'y avait qu'à s'en référer au contrat qui les régissait.

Ce contrat résultait de la remise de la marchandise elle-même ; et, de peur d'équivoque, le législateur allait plus formellement encore s'en expliquer dans l'article 101. Aux termes de sa disposition, la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier ; or, un contrat suppose et crée des obligations et des droits ; celui notamment de discuter le mode d'exécution ou de se prévaloir de l'inexécution.

Supposez que le destinataire refuse de recevoir la marchandise et de payer les frais de transport parce que ce qu'il reçoit n'est pas conforme à ce qu'il a commis, le commissionnaire ou le voiturier pourra incontestablement, en vertu de la lettre de voiture, exiger son payement de l'expéditeur. Pourquoi donc celui-ci ne pourrait-il pas s'en prévaloir à son tour pour exiger les dommages-intérêts que l'inexécution du contrat entraîne.

S'est-on enquis, au moment de la remise des effets, s'il en était ou non propriétaire? Pourquoi donc s'en enquerrait-on lorsqu'il demande compte de l'inexécution du contrat. Sa qualité de partie dans celui-ci est à elle seule le fondement le plus légitime de son action.

294. — C'est dans ce sens que la Cour de Pau jugeait, le 16 décembre 1814, que l'expéditeur demandant compte au commissionnaire des marchandises dont il lui a confié le transport, n'a nul besoin de prouver qu'il est propriétaire de ces marchandises ; que notam-

ment le commissionnaire ne peut lui opposer l'exception prise de son défaut d'intérêt, lorque, aux termes du Code de commerce, la marchandise sortie des magasins de l'expéditeur voyage aux risques du propriétaire.

L'opinion contraire pourrait se prévaloir d'un arrêt de la Cour de Colmar, du 18 décembre 1812. Il est vrai que, dans cette espèce, il ne s'agissait que de la fausse direction donnée à la marchandise, et l'on comprend qu'une faute de ce genre intéresse surtout le destinataire. Mais les motifs de l'arrêt tranchent nettement la question et font ressortir de l'article 100 une fin de non-recevoir absolue contre toute action ultérieure de l'expéditeur. Mais les observations qui précèdent démontrent qu'il n'y a pas à hésiter entre cet arrêt et celui de la Cour de Pau.

C'est dans le sens de celui-ci que s'est prononcée la Cour de cassation. Dans l'espèce de son arrêt, du 13 février 1844, on excipait également de l'article 100 pour soutenir que l'expéditeur n'avait pu donner l'ordre d'arrêter la marchandise en route. Le jugement attaqué, disait le demandeur en cassation, viole les articles 100 et 101, notamment en ce qu'il a décidé qu'un commissionnaire de roulage n'était que le mandataire de l'expéditeur, et devait, sur l'ordre seul de ce dernier, arrêter la marchandise voyageant pour le compte du destinataire, sous peine de répondre de son refus. Le commissionnaire est également le mandataire du destinataire et de l'expéditeur; envers celui-ci, il est tenu d'effectuer le transport, conformément à la lettre de voiture; envers celui-là, son mandat tacite résulte de l'article 100, et il

serait sans contredit passible de la perte de la marchandise si, par son fait, elle disparaissait de ses mains. Or, l'expéditeur ne saurait, par sa seule volonté, modifier la lettre de voiture ; ce serait porter atteinte au contrat formé avec le destinataire, et exposer le commissionnaire à une action en responsabilité ; ce n'est qu'en cas de faillite que la loi autorise l'expéditeur à rentrer dans la propriété de ses marchandises, et encore ne peut-il le faire qu'en suivant les formes prescrites pour l'action en revendication.

Le jugement du tribunal de commerce de Tours, dont la cassation était sollicitée, avait repoussé ces objections en ces termes :

« La simple raison indique que l'expéditeur conserve un droit de suite sur la marchandise qu'il expédie. Jamais le commissionnaire de roulage ne peut être responsable d'un changement de destination qui soit du fait de l'expéditeur, puisqu'aux termes de l'article 101 il n'a contracté qu'avec lui ;[1] que si l'article 100 dit que la marchandise voyage aux risques et périls de celui à qui elle appartient, il ne décide pas à qui elle appartient ; que tantôt elle appartiendra à l'expéditeur, quand il y aura consignation, tantôt au destinataire, quand il y aura achat ; qu'il est donc naturel de conclure qu'aux yeux du commissionnaire de roulage elle est censée appartenir à celui qui la lui a confiée ; et qu'en conséquence, il ne

[1] Cette proposition nous paraît quelque peu hasardée, car le commissionnaire ne peut jamais se prêter à un changement de destination, sans retirer la lettre de voiture. A défaut, il serait responsable, mais il aurait un rcours assuré contre l'expéditeur.

peut, de sa propre autorité, se faire juge du mérite d'un contre-ordre qui lui serait donné par l'expéditeur. »

C'est cette doctrine que la Cour suprême sanctionnait en rejetant le pourvoi.[1]

295. — La conclusion à tirer est fort simple. Le principe consacré par l'article 100 ne se réfère qu'aux intérêts de l'expéditeur et du destinataire. Il n'a et ne peut avoir aucune influence sur la position que le contrat de commission fait au voiturier et au commissionnaire, relativement à celui qui leur a remis les effets à transporter. Comme préposés par lui, ils doivent obéir à ses instructions, exécuter ses ordres, avec d'autant plus de raison que si, à raison de cette exécution, ils étaient recherchés par le destinataire, ils auraient un recours utile, une garantie incontestable contre l'auteur des instructions ou de l'ordre.

ART. 101.

La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier.

ART. 102.

La lettre de voiture doit être datée.
Elle doit exprimer :

[1] *J. D. P.*, 1, 1845, 664.

La nature et le poids ou la contenance des objets à transporter ;

Le délai dans lequel le transport doit être effectué.

Elle indique :

Le nom et le domicile du commissionnaire par l'entremise duquel le transport s'opère, s'il y en a un;

Le nom de celui à qui la marchandise est adressée ;

Le nom et le domicile du voiturier ;

Elle énonce :

Le prix de la voiture ;

L'indemnité due pour cause de retard ;

Elle est signée par l'expéditeur ou le commissionnaire ;

Elle présente en marge les marques et numéros des objets à transporter ;

La lettre de voiture est copiée par le commissionnaire sur un registre coté et paraphé, sans intervalle et de suite.

SOMMAIRE.

296. Objet de la lettre de voiture. Son caractère.
297. Dans quels cas celle rédigée par le commissionnaire devient un contrat pour l'expéditeur.
298. Comment et dans quels cas elle devient obligatoire pour le destinataire.
299. Effets du défaut de lettre de voiture.
300. N'est pas soumise à la règle de l'article 1325 du Code Napoléon.
301. Comment on procède dans la pratique.

296. — La lettre de voiture, éventuellement destinée à prouver la remise des effets entre les mains du commissionnaire ou du voiturier, est destinée à régler les conditions de leur transport. Elle est donc, à l'endroit de celui-ci, le contrat formant la loi commune.

Ce contrat peut intervenir directement entre l'expé-

diteur et le voiturier, qui sont alors les seules parties contractantes. Mais le soin de se procurer ce voiturier, de débattre avec lui le prix du transport et ses autres conditions, n'est pas toujours facile et pourrait entraîner des conséquences qu'en commerce on cherche surtout à éviter. On a donc ordinairement recours à un tiers, qui, par la nature de son industrie, est à même de satisfaire à toutes les exigences, et qui, garantissant à l'expéditeur la fidélité et l'exactitude du voiturier, à celui-ci, le payement de son salaire, facilite singulièrement l'opération, ce tiers, c'est le commissionnaire.

Se plaçant à ce double point de vue, l'article 101 déclare que la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier.

297. — Cette dernière disposition soulevait une grave objection. Lorsque le traité intervient entre le commissionnaire et le voiturier, la lettre de voiture est rédigée hors la présence et sans le concours de l'expéditeur. Comment donc pourrait-elle lier celui-ci, à moins qu'on ne permît au commissionnaire de se créer un titre à lui-même.

Le fondement réel et incontestable de cette objection détermine la véritable portée de la disposition de l'article 101. Non, le commissionnaire ne pourra se prévaloir contre l'expéditeur de la lettre de voiture, à laquelle celui-ci est resté étranger. Nous avons déjà vu que la stipulation de non-garantie des faits du voiturier ou des agents intermédiaires ne profiterait au commissionnaire que si

la lettre de voiture qui la renferme est revêtue de la signature de l'expéditeur, qui l'a ainsi formellement acceptée.

Donc, tant que ce dernier se contentera d'agir contre le commissionnaire, de lui demander compte des effets qu'il lui a confiés, son droit, fondé sur le fait de la remise, ne pourra être ni détruit, ni modifié par les indications qu'il aurait plu au commissionnaire d'y insérer.

Mais l'expéditeur peut vouloir se ménager la garantie du voiturier et en conséquence diriger l'action, tant contre lui que contre le commissionnaire. Dans ce cas, et par rapport au voiturier, il est tenu d'accepter la lettre de voiture. N'ayant jamais contracté avec lui, son action ne saurait avoir pour fondement et pour cause que les obligations qui dérivent de cette lettre elle-même. Dès-lors, sa prétention de la diviser, de l'accepter pour les obligations, de la répudier pour les droits que le voiturier peut y puiser, ne serait ni soutenable ni admissible. Comment empêcher une personne, poursuivie en vertu d'un titre, d'opposer les exceptions que ce titre présente en sa faveur?

Dans ce sens, la dernière disposition de l'article 101 est irréprochable. Entre l'expéditeur poursuivant et le voiturier poursuivi à raison du transport opéré par lui, il n'y a qu'un seul titre à apprécier, la lettre de voiture. Elle seule peut établir les obligations et les droits respectifs; elle constitue donc pour les parties le contrat destiné à les régir.

298. — Comment pouvait-il en être autrement, lors-

que cet effet est acquis contre le destinataire lui-même. Celui-ci est évidemment étranger non-seulement à la lettre de voiture, mais encore au choix du commissionnaire. Donc, en principe, œuvre exclusive de ce dernier, la lettre de voiture ne saurait lui être opposée ni le lier d'aucune façon.

Mais si, à leur arrivée, les marchandises sont acceptées par lui, il ratifie par cela même et s'approprie le contrat intervenu entre l'expéditeur ou le commissionnaire et le voiturier, et il est dès-lors tenu de l'exécuter en ce qui le concerne. C'est ainsi que la Cour de cassation déclarait, le 20 juin 1836, que le destinataire, en recevant les marchandises à lui expédiées, contractait l'obligation de payer le prix du transport tel qu'il était fixé par la lettre de voiture ; qu'il peut donc être actionné en vertu de celle-ci, soit par le commissionnaire, soit par le voiturier.

Donc, à l'origine de l'opération, la lettre de voiture émanant du commissionnaire ne lie ni l'expéditeur ni le destinataire. Mais si l'un actionne le voiturier, si l'autre accepte l'envoi qui lui est fait, la lettre de voiture devient obligatoire pour le premier, à raison de toutes les exceptions que le voiturier peut y puiser ; pour le second, relativement au prix du transport, qu'il est non-recevable et mal fondé à faire modifier.

299. — Les articles 101 et 102 démontrent : d'une part, la nécessité d'une lettre de voiture ; de l'autre, la détermination de sa forme. Faut-il en conclure que s'il n'en a été rédigé aucune, le voiturier sera autorisé à repousser toute réclamation et à s'approprier les marchan-

dises à lui remises, soit par l'expéditeur, soit par le commissionnaire?

L'affirmative, indépendamment de ce qu'elle avait d'exorbitant au point de vue de l'équité et de la justice, était inconciliable avec les exigences du commerce, avec le caractère de la législation qui les régit spécialement. Il ne pouvait être que là où la vente, l'achat, le prêt ou toutes autres opérations sont susceptibles d'être établis par témoins, on admît le contraire pour la remise d'objets faite au voiturier.

Il en est donc de celle-ci comme de celle que l'expéditeur aurait faite au commissionnaire. La doctrine que nous avons vue régir celle-ci devra donc être suivie, c'est-à-dire qu'à défaut de documents, l'expéditeur ou le commissionnaire sera admissible à prouver par témoins la remise qu'il prétendra avoir faite au voiturier.

La lettre de voiture n'est donc pas indispensable. Il est néanmoins fort utile de ne pas l'omettre, car si la remise peut être facilement prouvée, il n'en sera pas toujours ainsi de sa consistance. La preuve testimoniale peut laisser, sur la nature et la quantité des choses remises, des doutes qui s'interprèteraient en faveur du voiturier; et cette chance vaut bien la peine d'être évitée.

300. — La solution de cette question indique de quelle manière doit se résoudre celle de savoir si la lettre de voiture doit être faite en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. En effet, puisque l'écrit lui-même n'est pas indispensable, comment pourrait-on attacher à sa forme une valeur telle qu'elle dût

motiver une nullité que l'absence de tout écrit n'est pas susceptible de produire?

La lettre de voiture n'est donc pas, quant à sa forme, soumise à la règle de l'article 1325 du Code Napoléon. Elle peut être et elle est ordinairement faite à un seul original.

301. — Cependant elle forme un titre en faveur et contre le voiturier. Il faut donc, pour contraindre celui-ci, ou pour qu'il puisse lui-même contraindre l'exécution, que la lettre de voiture soit en même temps entre les mains du destinataire et dans celles du voiturier. Dans l'usage, on concilie ce double intérêt de la manière suivante :

L'orignal, qu'on appelle en langue commerciale la bonne lettre de voiture, est directement envoyée au destinataire. Une copie exacte, destinée à accompagner la marchandise, est remise au voiturier. Ainsi, chaque intéressé est en mesure de faire valoir les droits et les exceptions qu'il aurait à opposer à l'autre.

302. — Cette copie, qualifiée fausse lettre de voiture, la seule que le voiturier ait connue et sur la foi de laquelle il a traité, est aussi la seule qui fasse titre entre le voiturier, l'expéditeur ou le commissionnaire, et le destinataire, s'il se livre de l'envoi. En cas de différence dans ses énonciations et celles de la bonne lettre, celle-ci pourra bien lier le commissionnaire à l'égard de l'expéditeur et du destinataire, mais on ne saurait l'opposer au voiturier. Celui-ci n'est tenu qu'à rendre ce qu'il a

reçu, et il n'a jamais reçu que ce qui est mentionné dans la lettre de voiture dont il est porteur; il ne peut recevoir un prix autre que celui qui y est stipulé.

Mais, dans ces limites, la lettre de voiture prouverait, contre le voiturier, la remise des effets en qualité et quantités, sans qu'il pût en contester les énonciations sous prétexte d'erreur. C'est à lui de vérifier les objets au moment qu'il les reçoit, de s'assurer de leur quantité. Le chargement fait, et la lettre de voiture acceptée sans modification, il est définitivement lié et tenu de restituer ces effets tels qu'ils s'y trouvent mentionnés, mais il ne saurait jamais être obligé de rendre au-delà. La foi que la lettre de voiture fait contre lui, elle la fait en sa faveur contre le destinataire, l'expéditeur et le commissionnaire.

Ainsi, à défaut de lettre de voiture, la preuve testimoniale sera admissible non-seulement pour le fait de la remise, mais encore pour la nature et la quantité des objets remis. Mais s'il existe une lettre de voiture, ses indications deviennent la règle absolue et irrévocable de toutes les parties. Toute preuve contre et outre son contenu serait irrecevable et inadmissible.

Cet effet de la lettre de voiture dictait en quelque sorte et explique parfaitement les indications qui sont exigées par l'article 102.

303. — La date est utile à un double point de vue. Elle signale ordinairement le moment du départ. Donc, en la rapprochant de celle de la réception des effets à expédier, on sera à même de décider si le commissionnaire

a rempli l'obligation de faire l'expédition sans retard ; de le convaincre de négligence le cas échéant et de le contraindre à réparer le préjudice qui pourra en être résulté.

D'autre part, le délai dans lequel le voyage doit être accompli est ordinairement déterminé par la lettre de voiture. Cette détermination consiste à indiquer le nombre de jours accordés. Donc, le délai court du moment du départ, qui est ordinairement la date de la lettre de voiture. Celle-ci est donc indispensable pour juger si le voiturier a ou non rempli son obligation. Comment exciper d'un retard dans le voyage, si aucune indication n'établit son point de départ.

304. — Cependant, il en est de la date comme des autres mentions prescrites par l'article 102, elle peut être suppléée, dans la première hypothèse, par la preuve testimoniale. L'admissibilité de celle-ci, à l'effet de prouver le fait de la remise, ne permet pas de douter de sa recevabilité, lorsqu'il s'agira d'en fixer l'époque. On pourrait d'autant moins la repousser, que la lettre de voiture étant rédigée par le commissionnaire seul, hors la présence et sans le concours de l'expéditeur, celui-ci n'a eu ni la possibilité ni le moyen de contraindre l'exécution de la loi, en ce qui concerne la date.

Nous verrons tout à l'heure comment serait appréciée l'allégation d'un retard, dans l'hypothèse de l'omission de la date, équivalant au défaut de détermination d'un délai.

305. — Le commissionnaire et le voiturier sont obligés de rendre au destinataire exactement ce qu'ils ont

reçu, le premier de l'expéditeur, le second du commissionnaire. Il convenait donc, pour le loyal accomplissement de cette obligation, qu'aucun doute ne pût s'élever sur l'identité de la chose offerte ou rendue avec celle remise; à ce titre, l'article 102 exige que la lettre de voiture exprime la nature et le poids, ou la contenance des objets à transporter.

Il y a autre chose qui personnifie en quelque sorte et plus directement encore ces objets. Ce sont les numéros et marques se trouvant sur les colis. Ils devaient donc être indiqués dans la lettre de voiture, c'est à la marge que le législateur prescrit de faire cette indication.

306. — Ces conditions remplies, aucune difficulté ne saurait naître si la chose, arrivant chez le destinataire, est de la nature, du poids ou de la contenance, et porte les numéros et marques indiqués. Nous venons de voir que, pour le voiturier, cette conformité est décisive et qu'on ne pourrait exiger rien autre de lui, même sous prétexte d'erreur.

Mais il ne saurait en être ainsi du commissionnaire rédacteur de la lettre de voiture à l'expéditeur qui y est demeuré étranger. Une confusion dans les magasins du premier pourrait faire attribuer à l'un ce qui aurait été remis par l'autre; l'expédition, constatée par la lettre de voiture, peut n'avoir compris qu'une partie de ce qui a été remis. Donc, les indications de cette lettre ne lieraient pas l'expéditeur. Il serait, dans tous les cas, recevable e fondé non-seulement à se plaindre de la différence dans

la nature ou dans les quantités, mais encore à la prouver par tous les modes que nous avons déjà indiqués.

307. — L'article 102 ne parle pas de l'état matériel des effets au moment de leur remise, cependant sa constatation est du plus haut intérêt pour le commissionnaire et le voiturier. La réception pure et simple établit contre eux le bon état, on pourrait donc exiger d'eux la restitution en cet état et leur faire supporter, comme avaries souffertes en route, des détériorations existant avant la remise.

Ils doivent contrôler les déclarations qu'ils reçoivent à ce sujet, vérifier la marchandise et en constater l'état réel, le commissionnaire, par une déclaration de l'expéditeur, le voiturier par la mention dans la lettre de voiture.

308. — La règle que la réception pure et simple des effets en prouve le bon état, que nous avons vue n'être pas applicable de commissionnaire à commissionnaire, reçoit exception à l'endroit de l'expéditeur lui-même, lorsqu'il s'agit d'effets enfermés dans des caisses ou enveloppes serrées ou fermées de tout autre manière. Le commissionnaire et le voiturier ne répondent alors que de l'état extérieur et apparent qu'ils ont pu seuls vérifier et contrôler.

En conséquence, la remise à destination de ces effets, ballots, groups ou caisses, paquets ou cartons, en bon état extérieurement, est tout ce qu'on peut exiger d'eux. Ils ne pourraient être recherchés pour l'avarie intérieure

que s'il était établi qu'elle est imputable à leur imprudence ou à leur incurie, ou que si la qualité ou la quantite des choses a pu être altérée ou modifiée sans effraction extérieure apparente, par exemple, la subtitution d'un liquide à un autre dans des tonneaux ou barriques.

309. — Les effets ainsi remis se spécialisent par les numéros et marques dont chaque colis est revêtu. D'où le devoir pour le commissionnaire de se conformer à la prescription qui exige que les uns et les autres soient mentionnés en marge de la lettre de voiture ; il doit de plus, sous peine de responsabilité, les faire suivre de toutes les pièces et documents remis par l'expéditeur, et qui concourent à en assurer l'identité.

Ainsi, la Cour d'Aix jugeait, le 23 janvier 1838, que le commissionnaire de transports qui a reçu un group d'or dont l'enveloppe est scellée du cachet de l'expéditeur, et un extrait de registres portant l'empreinte de ce même cachet pour les faire parvenir à un autre commissionnaire chargé d'envoyer le group à sa dernière destination, est seul responsable de la substitution d'un group de cuivre ou group d'or, lorsqu'il est justifié qu'il n'a pas fait remettre à ce commissionnaire, non plus qu'aux commissionnaires intermédiaires par lui employés, l'empreinte du cachet de l'expéditeur.

L'absence de cette pièce de comparaison, disait le jugement que l'arrêt confirme, a mis ce dernier commissionnaire dans l'impossibilité de s'assurer si le group qui lui a été remis était le même que celui qui lui avait été envoyé par l'expéditeur. La responsabilité de l'évé-

nement incombe donc à celui qui, par son fait, a déterminé cette impossibilité.[1]

En effet, ce qui était vrai pour le dernier commissionnaire ne l'était pas moins pour chaque commissionnaire intermédiaire. Ne pouvant comparer le cachet apposé sur ce group avec l'empreinte donnée par l'expéditeur, comment auraient-ils soupçonné la sincérité de ce cachet ? Leur acceptation, conséquence forcée de la conviction de cette sincérité, ne pouvait et ne devait engager en rien leur responsabilité.

310. — Lorsqu'il s'est agi des conditions devant régir le transport, la première qui se présentait à la pensée était celle qui concernait la durée du voyage. On ne pouvait, sans méconnaître l'intérêt du commerce, laisser cette durée à la discrétion du commissionnaire ou du voiturier.

Mais sa détermination ne comportait aucune règle uniforme et précise. L'intérêt du destinataire à ce que le voyage se terminât dans le plus court délai possible était évident, mais il fallait faire la part du commissionnaire et du voiturier; des possibilités qu'offrait l'état actuel de la place, du retard que faisaient craindre l'état et la situation du lieu de destination, l'obligation pour le voiturier de toucher à des places intermédiaires pour y décharger et recharger.

On ne pouvait donc, pour cette détermination, que s'en référer à la libre convention des parties. Mais l'accord arrêté devait être constaté dans la lettre de voiture elle-

[1] *J. D. P.*, 1, 1839, 253.

même, pour assurer l'exécution en quelques mains qu'elle dût être livrée et quel que fût le nombre des agents intermédiaires appelés à y concourir.

Mais comment contraindre cette exécution? Comment savoir si elle se réalisera autrement que par l'arrivée des marchandises? On ne pourra donc jamais constater ce retard, que lorsque avec sa certitude on n'aura plus aucun moyen de le prévenir et de l'empêcher.

311. — Il n'y avait donc plus qu'à le punir, et, relativement à cette peine, c'est encore à la convention des parties que la loi s'en réfère. La lettre de voiture doit énoncer l'indemnité stipulée en cas de retard.

Cette indemnité consiste ordinairement en une reduction du prix de la voiture. Nous avons dit qu'elle est acquise par le fait seul du retard, et sans que le destinataire ait à justifier d'un préjudice quelconque, mais qu'elle ne s'entend que du retard ordinaire qui n'est pas précisément dans le cas d'occasionner un dommage appréciable; nous avons également indiqué ce que peut être l'indemnité pour retard extraordinaire et l'étendue de l'obligation du commissionnaire ou du voiturier quant à la réparation du préjudice que ce retard extraordinaire détermine.[1]

312. — Le Tribunal de commerce de Paris jugeait, le 16 janvier 1828, que le commissionnaire qui a livré partie des marchandises dans le délai convenu, partie

[1] *Sup.*, nos 264 et suiv.

après l'expiration de ce délai, n'est passible de la retenue que sur le prix de voiture de la partie tardivement livrée, que celui de la partie utilement arrivée lui était intégralement acquis.

M. Horson remarque avec raison que l'hypothèse ne comporte pas une règle uniforme et précise; que la solution doit nécessairement varier suivant les circonstances. Qu'importerait, en effet, qu'une partie de la chose eût été livrée dans le délai convenu, si cette chose, formant un tout unique, ne pouvait être utilisée par le destinataire que par la réception de l'ensemble, comme, par exemple, s'il s'agissait d'une machine voyageant en diverses pièces. Quelle que fût la partie tardivement livrée, le retard n'en aurait pas moins porté sur la chose dont le destinataire n'aurait pu jouir. On devrait donc calculer la retenue sur le prix total et non pas seulement sur celui de la partie dernière arrivée.

313. — Le défaut de détermination de la peine du retard serait-il un obstacle à ce que le destinataire en fût indemnisé? Nous ne le pensons pas. L'inexécution de l'obligation étant certaine, il est dû un dédommagement qui pourrait être conventionnellement fixé entre le voiturier et le destinataire. A défaut, il pourrait l'être par les juges. L'usage, à ce sujet, serait utilement consulté, il deviendrait une base légitime d'appréciation.

314. — Quel serait l'effet de l'omission dans la lettre de voiture de la détermination du délai dans lequel le transport doit être effectué? L'expéditeur serait-il non-

recevable à obtenir contre le commissionnaire ou le voiturier la réparation du préjudice que lui occasionnerait le retard, soit que ce retard eût déterminé le destinataire à refuser l'envoi, soit qu'il eût seulement donné lieu à une demande en dommages-intérêts contre lui?

La question ne serait pas douteuse si l'expédition étant confiée au commissionnaire, celui-ci avait rédigé seul la lettre de voiture, il serait en faute d'avoir omis une indication importante, il répondrait donc naturellement des conséquences de son propre fait. La faute serait évidemment imputable à l'expéditeur si, ayant traité directement avec le voiturier, il avait lui-même rédigé la lettre de voiture.

Dans l'un et l'autre cas, la faute aura-t-elle pour résultat d'affranchir le voiturier de tout recours, soit de la part de l'expéditeur, soit de la part du commissionnaire? Poursuivi par l'un ou par l'autre, sera-t-il fondé à leur opposer que n'étant astreint à aucun délai, il n'a pu se constituer en retard?

Ce serait là, à notre avis, une conséquence que ne sauraient approuver la raison et le droit. Le délai dans lequel un voyage doit être effectué est naturellement indiqué par la nature du voyage, la situation des lieux, la distance à parcourir, la saison dans laquelle il est entrepris.

La stipulation de la lettre de voiture a souvent pour objet de modifier, soit en plus, soit en moins, le délai admis par l'usage commercial, ou de le consacrer purement et simplement. Donc, à défaut de stipulation, c'est sous l'empire de l'usage que retombent les parties. Il n'a

pu être ni dans leur pensée, ni dans leur intention de s'en référer exclusivement à la discrétion du voiturier, ni de lui permettre de consacrer six mois ou un an à un voyage qui n'exige ordinairement que huit, quinze ou vingt jours.

Le voiturier qui aurait donné à ses pouvoirs une pareille latitude ne saurait la justifier, ni échapper à la nécessité de réparer le préjudice qui en serait résulté.

L'effet unique du défaut de détermination d'un délai dans la lettre de voiture se bornerait donc à affranchir le voiturier de toute responsabilité, si le retard qu'il a mis à remplir sa mission n'a rien d'extraordinaire, s'il ne dépasse pas toute prévision, s'il peut être considéré plutôt comme le résultat d'obstacles survenus que comme le produit de la négligence ou du mauvais vouloir. Peut-être que si la lettre de voiture se fût expliquée, ce retard aurait donné lieu à une retenue sur le prix de la voiture. Mais le silence qu'elle garde ne permet pas de consacrer un effet ne pouvant résulter que d'une convention expresse.

Que si le retard est extraordinaire, s'il ne peut être attribué qu'à un mauvais vouloir, le voiturier a commis un véritable dol, que l'omission de la lettre de voiture ne saurait ni justifier ni excuser, et qui l'oblige de droit à la réparation du préjudice qui en est résulté.

315. — Notre doctrine trouve un point d'appui dans un arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1835. La Cour de Nîmes avait jugé, le 11 août 1831, que le contrat entre l'expéditeur et le voiturier, relativement au

délai dans lequel les marchandises seront rendues à leur destination, peut, en l'absence d'une lettre de voiture, résulter des usages du commerce.

Spécialement, que l'entrepreneur de diligences qui accepte des marchandises avec promesse de les transporter dans un lieu désigné, s'engage, par le fait de son acceptation, à les faire arriver dans le délai ordinaire que met sa diligence pour atteindre la destination convenue; qu'à défaut, il est tenu de dommages-intérêts.

A l'appui du pourvoi dont cet arrêt avait été l'objet, on disait : L'article 97 du Code de Commerce ne rend le commissionnaire garant de l'arrivée dans le délai déterminé que lorsque la fixation de ce délai résulte d'une lettre de voiture qui, seule, peut former un contrat entre le commissionnaire et l'expéditeur; or, dans l'espéce, il n'y avait point de lettre de voiture qui imposât la loi de faire arriver les marchandises avant le 30 novembre. Le délai qui s'est écoulé depuis cette époque n'a donc pas, à proprement parler, constitué un retard dont le commissionnaire ait dû répondre.

Mais ces considérations furent repoussées. Le rejet du pourvoi consacra le principe sur lequel la Cour de Nîmes avait fondé sa solution.

316.—Ce principe, enseigne M. Vannuffel, est applicable au cas où les marchandises à transporter seraient remises à un commissionnaire de roulage ayant des services accélérés. Le commissionnaire qui a reçu des marchandises à transporter par les accélérés est responsable de leur arrivée dans le délai que mettent ses voitures à

parcourir la distance entre le lieu de l'expédition et celui de la destination, alors même qu'il n'a pas été dressé de lettre de voiture fixant le délai du transport'[1]

Nous admettons cette solution, mais pas dans le sens absolu que lui donne M. Vannuffel. Nous croyons que, dans cette hypothèse, on doit dire ce que M. Horson disait tout à l'heure dans le cas d'une marchandise rendue partie dans et partie hors le délai convenu. Tout dépend des circonstances et surtout de la nature du retard apporté dans l'accomplissement du voyage. L'absence de stipulation sur le délai laisse au commissionnaire ou au voiturier une certaine latitude, et il ne fait qu'user de celle-ci lorsque, ayant à transporter des effets pour lesquels un délai lui a été limité, et d'autres pour lesquels on ne lui en a déterminé aucun, il expédie les premiers de préférence aux seconds.

Ce qu'on peut exiger de lui, c'est qu'il n'abuse pas de cette latitude. Or, cet abus ne saurait résulter d'un retard de quelques jours. Il n'existerait que si, par une négligence prolongée, le transport n'avait été effectué que longtemps après l'époque où il aurait dû et pu l'être.

317. — En résumé donc, dans quelque hypothèse qu'on se place, c'est par la nature du retard, sa durée, ses causes que se règle la question de la responsabilité du commissionnaire ou du voiturier. Le défaut de détermination d'un délai dans la lettre de voiture n'exclut pas de plein droit cette responsabilité. La raison et l'usage

[1] *Du louage et du dépôt*, chap. 1er, n° 27.

commercial, auquel les parties sont présumées s'en être référées, suppléent à la convention et doivent aboutir au résultat que celle-ci aurait atteint. Dans le cas d'abus, de négligence prolongée, la responsabilité, si elle ne pouvait être directement induite de l'obligation d'agir dans un délai, puisqu'il n'en aurait été déterminé aucun, aurait un fondement légitime, dans la violation du devoir imposé au commissionnaire et au voiturier d'expédier et de transporter sans retard et le plus tôt possible les effets qui leur sont remis dans cet objet.

318. — La lettre de voiture pouvant, dans certains cas, être invoquée comme preuve de la remise et de la réception des effets à transporter, il convenait qu'elle exprimât à qui et par qui elles s'étaient opérées. C'est surtout dans ce but que l'article 102 exige qu'elle indique le nom et le domicile du commissionnaire, le nom et le domicile du voiturier. Il était juste, d'ailleurs, que le destinataire, qui n'aura connaissance de l'opération que par la réception de la bonne lettre de voiture, fût mis à même d'exercer contre le commissionnaire et le voiturier les réclamations qu'il aurait à exercer avant l'arrivée des marchandises. C'est ce qui se réalise au moyen de la double indication prescrite par la loi.

319. — La remise des effets transportés aux mains du destinataire est la fin que se propose le contrat de commission pour transport. Le nom du destinataire est donc indispensable pour que le voiturier puisse accomplir jusqu'au bout la tâche qui lui est imposée.

L'indication de la lettre de voiture, à ce sujet, lie absolument le voiturier comme le commissionnaire à qui est délégué le soin de rendre la marchandise. Ils ne peuvent, ni l'un ni l'autre, délivrer les effets ou marchandises à une personne autre que celle désignée dans la lettre de voiture, sous quelque prétexte que ce soit, et alors même que, par la fausseté de l'indication, l'inexactitude ou l'insuffisance de l'adresse, le destinataire n'eût pu être trouvé.

Dans l'un ou l'autre de ces cas, le commissionnaire ou le voiturier doit faire vérifier et constater l'état des effets transportés dans les formes prescrites par l'article 106; leur arrivée dans le délai convenu; les garder ensuite aux risques et périls du propriétaire, ou en faire ordonner la consignation dans un dépôt public ou dans les magasins d'un tiers choisi par justice.

L'omission de ces formalités, et surtout la remise des effets à un autre qu'au destinataire désigné par la lettre de voiture, quelle que fût d'ailleurs la similitude du nom, rendrait le commissionnaire responsable de leur perte; même en supposant une erreur dans l'indication de la lettre de voiture, le commissionnaire ou le voiturier n'a ni qualité ni droit pour la rectifier. Elle ne peut l'être que par l'expéditeur lui-même, auquel on devrait nécessairement recourir.

320. — Un arrêt de la Cour de cassation, du 25 avril 1837, offre un exemple d'application de cette règle. Dans l'espèce, plusieurs colis avaient été remis à un commissionnaire de Paris à l'adresse de Mme Laurens Picot, à

Montpellier, ces colis, après avoir passé par plusieurs mains, furent remis à M. Caron, commissionnaire à Montpellier, qui devait les remettre à la destinataire.

Celle-ci n'ayant pu être trouvée, le sieur Caron croit devoir livrer les effets à une dame Fontenay Picot, qui, par une coïncidence singulière, attendait elle-même des colis qu'on avait dû lui expédier de Paris.

Plus tard, l'expéditeur réclame contre le commissionnaire de Paris la remise des effets ou le payement de leur valeur. Celui-ci appelle en garantie le commissionnaire à qui il les avait remis, lequel à son tour actionne son correspondant, et de garantie en garantie on arrive ainsi au sieur Caron.

Dans l'intérêt des commissionnaires, au nom du sieur Caron particulièrement, on soutient que le défaut de remise des colis à leur destinataire provient de l'insuffisance de l'adresse; qu'elle était dès-lors uniquement imputable à la faute de l'expéditeur, dont les commissionnaires ne pouvaient être responsables.

Cette exception péremptoire, s'il se fût agi d'un délai dans la remise, quelque considérable qu'il eût été, était-elle admissible lorsqu'il s'agissait de la disparition et de la perte des colis? La faute de l'expéditeur pouvait-elle avoir d'autres conséquences que de légitimer le retard? Avait-elle pu autoriser le commissionnaire à livrer à une personne autre que celle désignée, quoique insuffisamment?

Le tribunal de commerce de Paris, se prononçant pour la négative, avait condamné les commissionnaires. Mais,

sur l'appel, un arrêt de la Cour de Paris, du 26 avril 1834, réforme le jugement.

Cet arrêt considère que Caron fils n'ayant pu, malgré ses recherches, découvrir la dame Laurent Picot, qui était inconnue à Montpellier, a cru pouvoir remettre les colis dont il était chargé à la dame Fontenay Picot, qui, elle-même, attendait des effets qui devaient lui être adressés de Paris; que cette similitude de nom et le défaut d'adresse des colis établissent que Caron a rempli son mandat autant qu'il était en lui; que rien ne prouve que l'expéditeur ait rectifié, même postérieurement à la consignation d'envoi des colis, l'adresse de la dame Picot; qu'en cet état, c'est par le fait de l'expéditeur et par le défaut d'adresse que les colis ne sont pas parvenus à temps à leur destination, et que les commissionnaires de roulage n'ont encouru aucune responsabilité.

Cet arrêt eût été irréprochable s'il ne se fût agi réellement que d'un retard dans la remise des effets. Mais en réduisant le litige à ce point, la Cour avait singulièrement déplacé la question et méconnu l'état réel des choses. En fait, nul ne contestait que la marchandise ne fût arrivée à Montpellier en temps utile. On ne se plaignait donc ni d'une arrivée, ni d'une remise tardive; ce dont on arguait, c'était d'un défaut absolu de remise; de la délivrance des colis à une personne autre que celle indiquée dans la lettre de voiture.

Il est évident que si, en réponse à la réclamation de l'expéditeur, le commissionnaire encore nanti eût offert la remise des effets, cette offre eût été satisfactoire et eût libéré le commissionnaire de toute obligation. Il ne

pourrait dans aucun cas répondre de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé, par le fait de l'expéditeur, de découvrir le destinataire. Mais, dans l'espèce, cette offre n'était pas, ne pouvait pas être faite, puisque le commissionnaire avait réellement livré les colis à un tiers.

Le seul point à décider était donc la validité de cette remise; si elle pouvait être autorisée par l'insuffisance ou le défaut d'adresse du véritable destinataire; c'est ce que la Cour de cassation faisait avec raison ressortir, sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour de Paris.

« Attendu, disait la Cour suprême, qu'il ne s'agissait pas dans la cause d'une action en responsabilité pour défaut d'arrivée à temps des objets transportés, mais d'une action exercée par l'expéditeur contre le commissionnaire à fin de payement de ces mêmes objets, dont, à l'époque de la demande introductive d'instance, ce dernier était dans l'impuissance de justifier la remise à leur destination;

« Attendu, d'un autre côté, qu'en décidant que Caron avait pu remettre valablement à la dame Fontenay Picot les objets qui étaient adressés à la dame Laurent Picot, la Cour de Paris a méconnu et brisé le contrat légal dont l'article 101 imprime le caractère à la lettre de voiture; qu'en effet, lorsque le commissionnaire ou le voiturier ne trouve pas la personne indiquée par la lettre de voiture comme destinataire, il ne satisfait pas à son obligation en remettant ces objets à toute autre personne dont le nom offrira plus ou moins d'analogie avec celui du destinataire; que son devoir en pareille circonstance est tracé par l'article 105, nécessairement applicable à tous

les cas où, par une raison quelconque, le destinataire n'a pu être trouvé.[1] »

321. — Cet arrêt consacre donc nettement la règle que nous venons d'indiquer et trace la conduite à suivre par le commissionnaire ou le voiturier. Ni l'un ni l'autre n'est appelé à suppléer à l'insuffisance, pas plus qu'à corriger l'erreur de la lettre de voiture. Les effets transportés ne peuvent et ne doivent être remis qu'à la personne nommément indiquée dans cette lettre.

Si l'insuffisance ou l'erreur empêche de découvrir et de trouver celle-ci, les effets, constatation faite de leur arrivée en temps utile, doivent être conservés ou judiciairement consignés à la disposition de l'expéditeur ou du destinataire. L'offre de leur remise ou l'indication du consignataire des mains desquels ils devront être retirés libère le commissionnaire ou le voiturier de toute responsabilité, à quelque époque que se réalise la réclamation. Indépendant de leur fait, uniquement imputable à l'expéditeur, le retard n'engage et ne peut engager que celui-ci.

Mais la responsabilité du voiturier ou du commissionnaire serait la conséquence forcée de la remise qui les mettrait dans l'impossibilité de satisfaire à la réclamation de l'expéditeur ou du véritable destinataire.

322.— L'obligation de nommer le destinataire qu'impose l'article 102 a fait d'abord contester la faculté de

[1] *J. D. P.*, 2, 1837, 429.

rédiger la lettre de voiture, soit à ordre, soit au porteur. On soutenait que cette forme était incompatible avec la nature des choses, avec la position du voiturier. On ajoutait que si le législateur avait voulu l'autoriser, il s'en serait expliqué dans l'article 102, comme il l'a fait dans l'article 281, pour le connaissement.

Mais toute controverse a depuis longtemps disparu. La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui unanimes. La lettre de voiture peut être au porteur ou à ordre. Il est évident que l'expéditeur par terre peut se trouver dans la même position que celui qui expédie par mer: c'est-à-dire qu'il peut avoir besoin d'obtenir des avances sur les marchandises qu'il met en route, et ignorer au moment de l'expédition de qui il pourra lès obtenir. Or, comme l'obtention est subordonnée à la transmission de la lettre de voiture, il fallait autoriser la forme qui permet cette transmission. Elle s'opère par la simple remise de la lettre de voiture, si elle est au porteur; par un endossement, si elle est à ordre.

Il est évident cependant que les choses ne sont pas égales entre le voiturier et le capitaine. Celui-ci, arrivé au port de déchargement, y séjourne forcément pendant un temps plus ou moins long, il peut donc attendre que les porteurs de connaissements se présentent et retirent leurs marchandises. D'un autre côté, la publication de son manifeste d'entrée sollicite la vigilance des intéressés. Des avis publiés dans les journaux de la localité complètent la mise en demeure et autorisent en cas de négligence le dépôt sous le hangar de la douane.

L'arrivée du voiturier s'opère sans publicité. Souvent

même il ne séjournera que juste le temps de décharger les colis qu'il doit y laisser. Il n'a donc ni le temps d'attendre que les porteurs de la lettre de voiture se présentent, ni les moyens de remettre les effets dont le destinataire lui est inconnu, ou de recourir à une tierce consignation.

On ne peut donc concevoir une lettre de voiture au porteur ou à ordre que dans la supposition de l'indication dans la lettre elle-même d'un tiers chez lequel elle devra être déposée et réclamée.

323. — Cette difficulté a été l'origine d'un usage qui avait pour objet de l'éluder. La lettre de voiture est conçue au nom du destinataire, et celui-ci la négocie comme si elle était à ordre, c'est-à-dire par un endossement.

Du cessionnaire au cédant, la validité de cette opération ne saurait être contestée, sauf l'impossibilité pour le premier d'assurer les effets de la cession, et d'empêcher que le cédant ne reçoive et ne garde les effets pour son compte, puisque c'est chez lui que le commissionnaire ou le voiturier les feront nécessairement arriver. Le cessionnaire suit donc la foi de son cédant, et il n'a jamais à subir d'autres conséquences que l'abus que celui-ci ferait de sa confiance.

Mais c'est surtout avec les créanciers du cédant que le cessionnaire aura à discuter la régularité de la cession et sa validité ; celle-ci admise, le cessionnaire aura un privilége et devra être payé, de préférence à tous autres, des sommes par lui avancées sur la marchandise portée

dans la lettre de voiture, ce résultat est trop onéreux pour les créanciers ordinaires pour qu'ils n'essayent pas de s'y soustraire. Ils contesteront donc la régularité du transport.

324. — Dans une difficulté de ce genre, qui s'agitait devant la Cour de Paris, celui qui réclamait le privilége produisait des *parères* souscrits par les principaux commerçants de Paris, par d'anciens présidents et juges du tribunal de commerce, attestant que la lettre de voiture n'était jamais formulée à ordre; que néanmoins, dans l'usage universellement suivi, elle était régulièrement transmise par endossement; et que le bénéficiaire de cet endossement avait le droit d'exiger un privilége pour les avances faites à l'occasion et à la suite de cet endossement.

Le privilége avait donc été accordé par le tribunal de commerce, et, sur l'appel, par la Cour de Paris.

325. — L'arrêt fut déféré à la Cour de cassation comme violant l'article 93 et l'article 102 du Code de commerce. A l'appui du pourvoi, on disait, le seul titre que puisse invoquer le commissionnaire, est la prétendue transmission opérée par la passation à son ordre d'un *duplicata* de la lettre de voiture; mais une pareille transmission est évidemment irrégulière. D'une part, il ne résulte d'aucune disposition de la loi que les lettres de voiture puissent, comme le connaissement, être transmises par la voie de l'ordre; et, d'autre part, à supposer qu'une lettre de voiture puisse être passée par voie

d'ordre, au moins une pareille faculté n'existe-t-elle qu'autant que la lettre est à ordre, ce qui, en fait, n'existe pas dans l'espèce particulière où la lettre était purement nominative.

De tout temps, répondait-on, on a considéré dans les usages du commerce, comme régulière et comme opérant substitution dans le privilége accordé par l'article 93, la transmission de la lettre de voiture en *duplicata*, soit qu'elle s'effectue par endossement ou manuellement, et alors même que cette lettre ne porte pas ces mots : *à ordre*.

En vain dit-on que la loi n'autorise pas, en matière de lettres de voiture, la passation par voie d'ordre, et que, dans tous les cas, dans l'espèce la lettre n'était pas à ordre ; c'est confondre tous les principes. En effet, il faut bien remarquer que l'endos sur un connaissement ou sur une lettre de voiture n'a d'autre but que de conférer au commissionnaire le pouvoir de vendre la marchandise ; et ce pouvoir, dont il ne doit compte qu'à son commettant, joint au fait des avances constatées et de l'absence de fraude, complète la réunion des conditions requises par l'article 93. Enfin, si l'article 102 ne spécifie pas, pour la lettre de voiture, divers modes de transmission comme pour le connaissement, c'est précisément parce que la loi, moins sévère pour la lettre de voiture, n'a voulu lui imposer aucune forme rigoureuse pour cette transmission.

L'arrêt de la Cour de cassation, du 12 janvier 1847, ne dénie pas la faculté de transmettre la lettre de voiture par voie d'endossement, mais il n'admet l'exercice de

cette faculté qu'en tant que la lettre a été rédigée à ordre. Il casse donc l'arrêt de la Cour de Paris, qui déclarait valable et attributive du privilége de l'article 93, la transmission par endossement d'une lettre de voiture purement nominative.[1]

Cet arrêt est important, relativement surtout à l'usage qui paraissait certain sur la place de Paris. Placée entre cet usage et les termes impératifs de l'article 93, la Cour de cassation n'a pas hésité à maintenir celui-ci. L'endossement du *duplicata* d'une lettre de voiture, nécessairement inconnue du commissionnaire ou du voiturier, ne saurait les empêcher de rendre la marchandise au destinataire indiqué. Il ne peut donc constituer, à l'égard du tiers, la mise en possession qui est la base fondamentale du privilége de celui qui fait des avances sur marchandises.

326. — La lettre de voiture doit énoncer le prix du transport. Ce prix est le salaire et le profit du commissionnaire de roulage ou du voiturier; il est donc un des éléments essentiels du contrat, qui doit leur créer un titre, soit contre l'expéditeur, soit contre le destinataire.

Ce prix est acquis par l'accomplissement du voyage. Le destinataire ne peut recevoir les effets qu'en le soldant intégralement et tel qu'il a été stipulé. Son obligation à ce sujet est garantie par le droit de retention que nous avons dit appartenir au commissionnaire de roulage comme au voiturier.

[1] *J. D. P.*, 1, 1847, 184.

L'omission de l'indication du prix dans la lettre de voiture ne peut jamais faire que le voyage ait dû s'opérer gratis, et que celui qui a réalisé le transport l'ait exécuté à ses propres frais. Le droit de demander un salaire ne saurait lui être contesté. En cas de contestations, ce salaire est déterminé par les juges.

Le prix du transport est essentiellement variable, suivant les saisons, la quantité et la nature des effets à transporter, l'abondance ou l'insuffisance des moyens de transport, la nature du voyage, la distance à parcourir, le plus ou moins de probabilité d'obtenir un chargement de retour. La combinaison de tous ces éléments a déterminé, sur chaque place, un prix courant qui régirait incontestablement les parties, à défaut de stipulation dans la lettre de voiture.

327. — L'article 102 exige que la lettre de voiture soit signée par l'expéditeur ou le commissionnaire. Il est facile de se rendre raison de cette prescription.

La lettre de voiture est destinée à régler les conditions du transport entre les intéressés. Ces intéressés sont l'expéditeur, le commissionnaire de roulage qui est chargé de l'expédition, le voiturier. Quant à ce dernier, sa signature n'était ni nécessaire, ni utile. D'ailleurs, en 1807, il existait peu de simples rouliers capables de signer. Prescrire leur signature eût été, dans bien de cas, demander l'impossible.

A quoi bon, d'ailleurs? Le voiturier est nécessairement porteur d'une copie de la lettre de voiture, qui est pour lui l'original véritable, puisqu'on ne pourra jamais l'as-

treindre à des obligations autres que celles résultant de cette copie. Donc, lorsque, sur la remise qui lui en est faite, il exécute le transport, comment pourrait-il plus tard en recuser l'autorité.

On n'avait donc pas à se préoccuper des droits de l'expéditeur ou du commissionnaire contre le voiturier. Le transport entrepris ou stipulé par celui-ci sous l'empire d'une lettre de voiture qu'il avait acceptée et gardée en sa possession les sauvegardait suffisamment.

Ce à quoi il fallait songer, c'était à la position du voiturier. La perte accidentelle des effets à transporter, le refus du destinataire, pouvait le contraindre à recourir contre l'expéditeur ou contre le commissionnaire, pour le surplus de ce qui lui était dû. Il lui fallait donc un titre et un titre régulier émanant de celui à qui il l'opposerait; et puisque la lettre de voiture formait ce titre, on devait, pour en établir la régularité et en assurer les effets, exiger qu'elle fût signée par son rédacteur.

328. — Tout en protégeant le voiturier, cette exigence garantissait, dans une certaine limite, l'expéditeur et le commissionnaire eux-mêmes. Nous avons dit que la copie remise au voiturier faisait seule foi, tant contre lui qu'en sa faveur. Or, la signature rend impossible toute substitution d'une lettre de voiture fabriquée après coup par le voiturier, et prévient toute tentative dans cet objet.

La lettre de voiture doit donc être signée par l'expéditeur, lorsqu'il traite directement lui-même avec le voiturier. Or, c'est ce qui a lieu lorsque le commissionnaire auquel il s'adresse exécute lui-même ses transports. Ce-

lui-ci est alors en réalité le voiturier ; il est tenu de toutes les obligations de ce dernier. Il est subrogé à tous ses droits, et, en cas de refus du destinataire, il ne peut exiger le payement que de l'expéditeur.

Si le commissionnaire auquel les effets à transporter sont remis n'est qu'un intermédiaire chargé de procurer un voiturier, ce commissionnaire devient, à l'endroit du voiturier avec lequel il traite, le seul, le véritable expéditeur. Il assume donc à son égard toutes les obligations imposées à celui-ci ; il répond notamment du payement du prix du transport et des dépenses accessoires que ce voiturier, le cas échéant, ne peut demander qu'à lui, puisqu'il ne connaîtra pas même celui qui a remis les marchandises au commissionnaire. Dès-lors, c'est ce dernier seul qui signe, doit et peut signer la lettre de voiture, qui est, en réalité, rédigée hors la présence et sans le concours de l'expéditeur.

329. — Dans l'hypothèse d'un traité direct entre l'expéditeur et un commissionnaire de roulage exécutant lui-même le transport, la signature du premier sur la lettre de voiture est d'autant plus indispensable que cette lettre renfermerait quelques dérogations au principe de la responsabilité absolue que la loi fait peser sur le voiturier. La formule de la lettre de voiture est ordinairement imprimée, sauf certaines indications qui ne peuvent l'être. Il n'est pas rare de voir dans cette formule, ainsi préparée d'avance, que le commissionnaire ne garantit pas certains événements du voyage, le coulage des liquides, par exemple, ou le bris des choses fragiles.

La légalité, en principe, des clauses de ce genre, ne saurait être contestée ; il n'y a que le fait personnel qui ne peut devenir la matière d'une clause de non-garantie. Or, le coulage ou le bris purement accidentel n'est pas, évidemment, ce fait personnel. La stipulation exonérant le commissionnaire de toute responsabilité à leur sujet, n'est donc nullement prohibée par la loi.

Mais une convention quelconque n'est parfaite et obligatoire que par le concours des volontés appelées à la former. Le commissionnaire ne pourrait donc se prévaloir de la non-garantie, que si cette condition avait été acceptée par l'expéditeur. Cette acceptation résulterait de plein droit de la signature dont celui-ci aurait revêtu la lettre de voiture. L'absence de cette signature laisserait la clause de non-garantie en l'état d'une simple prétention de la part du commissionnaire, qui n'a pu raisonnablement prétendre se créer un titre à lui-même.

330. — On a voulu faire résulter l'acceptation de l'expéditeur du fait qu'il a reçu la lettre de voiture. Mais cette réception ne pouvait être refusée, puisqu'au moment où elle était offerte, la marchandise était non-seulement en la possession du commissionnaire de roulage, mais encore chargée et mise en route. Donc, l'acceptation de la lettre de voiture ne peut se référer et ne se réfère qu'à l'objet que la loi elle-même affecte à cette lettre, c'est-à-dire à la réception des marchandises, à l'obligation de les transporter à leur destination, au délai dans lequel le transport doit être effectué.

Mais l'expéditeur sait fort bien que ce transport s'opé-

rera sous la responsabilité absolue de celui qui s'en est chargé ; il sait encore qu'il ne peut être dérogé à cette responsabilité que par son concours personnel au contrat et que de son consentement exprès. Qu'a-t-il donc à faire si le premier n'a pas même été requis, si le second n'a pas été donné.

Le système contraire ouvrirait une trop large porte à la surprise et à la fraude pour qu'on pût l'accueillir sans danger pour le commerce. La renonciation de la part de l'expéditeur au bénéfice de la responsabilité ne se présume pas, elle ne saurait être tacitement acquise et ne peut résulter que d'une convention expresse.

Et cela, en vertu de ce principe que la Cour de cassation proclamait, le 21 janvier 1807, que les lettres de voiture souscrites par le commissionnaire seul ne forment pas un contrat synallagmatique entre lui et l'expéditeur ou le propriétaire des marchandises. La conséquence que l'arrêt en tirait, c'est que, de ce qu'un commissionnaire de roulage a annoncé dans ses prospectus et fait imprimer sur ses lettres de voiture qu'il ne se rendait garant, en aucun cas, ni du coulage des liquides, ni du bris des choses fragiles, il n'en résulte pas que les juges ne puissent faire peser sur lui la responsabilité des avaries de ce genre.

Le jugement du Tribunal de commerce de Pau, contre lequel le pourvoi était dirigé, avait déclaré le voiturier responsable d'abord sur le motif que la lettre de voiture n'étant pas signée par l'expéditeur, la clause de non-garantie restait sans effet possible contre lui ; il considère ensuite qu'alors même qu'il serait certain que l'expédi-

teur aurait souscrit la condition insérée dans la lettre de voiture, la responsabilité du voiturier n'en resterait pas moins acquise, puisque, d'une part, cette adhésion ne serait jamais présumée avoir été donnée dans l'idée de laisser à celui-ci le droit de mésuser de la confiance qui lui aurait été témoignée relativement aux soins et précautions que le transport exigait; et que, d'un autre côté, il aurait suffi de la preuve d'une incurie quelconque, dans un roulage ou voiturage, pour faire cesser les avantages d'une réserve ou condition destructive des obligations d'un dépositaire forcé et salarié.

331. — Ces considérations ont l'incontestable mérite de fixer avec précision l'étendue réelle de la clause de non-garantie, dans l'hypothèse où elle a été acceptée par l'expéditeur. Ses effets se bornent aux événements purement fortuits, et ne couvrent pas ceux que la négligence, que l'imprudence, qu'un défaut de précautions aurait seul déterminés. Ainsi, qu'un coulage extraordinaire se soit réalisé par le mauvais état apparent d'un tonneau ou d'une barrique qu'une réparation aurait remis en état; qu'en chargeant ou en déchargeant une caisse, les employés du commissionnaire de roulage l'aient laissée tomber ou précipiter d'une certaine hauteur, que la chute ait été occasionnée par un vice du chargement, évidemment le coulage ou le bris restera pour le compte du commissionnaire, malgré la clause de non-garantie, l'expéditeur ou le propriétaire ne pouvant être tenu de ses effets que pour les cas purement accidentels et dégagés de toute faute, de toute imprudence, de toute négligence.

Vouloir lui affecter un autre caractère, ce serait permettre au commissionnaire chargeur ou au voiturier de répudier la responsabilité de son propre fait, et atteindre ainsi au résultat si énergiquement signalé par la Cour d'Aix, dans son arrêt du 6 août 1823 ; le voiturier ou le commissionnaire ne serait bientôt plus astreint à aucune responsabilité, et avec elle tomberait en même temps la seule garantie que la loi ait pu donner aux expéditeurs forcés de s'abandonner à sa vigilance comme à sa bonne foi, et dont la fortune se trouverait ainsi continuellement compromise. Dans ces limites, la convention serait donc contraire à la loi, prohibée par elle, et sans force même pour ceux qui l'auraient souscrite.

Ainsi, la clause dérogatoire au principe de la responsabilité est censée non écrite, si la lettre de voiture n'est pas signée par l'expéditeur ; si celui-ci l'a revêtue de sa signature, il s'en est approprié toutes les conditions, y comprise celle de la non-responsabilité, soit qu'elle s'applique au fait du voiturier ou de tout autre agent intermédiaire, soit qu'elle se réfère aux divers accidents du voyage, tels que coulage des liquides et bris des choses fragiles.

Mais, même dans cette dernière hypothèse, l'efficacité de la clause dérogatoire est subordonnée à la cause de l'accident. Elle n'en a aucune si cette cause est imputable à la faute, à la négligence, à un défaut de précautions. L'expéditeur pourra dans ce cas se soustraire à ses effets, mais en prouvant la faute, la négligence, le défaut de précaution qu'il alléguera.

332. — L'existence d'une clause de non-garantie régulièrement souscrite a donc pour effet de modifier la position des parties. Nous avons vu que le commissionnaire, et nous verrons que le voiturier, excipant de la force majeure, est obligé de prouver non-seulement l'accident qui a entraîné l'avarie ou la perte, mais encore son caractère et ses causes; d'établir qu'il est irréprochable et que l'événement a eu lieu en l'absence de toute faute de sa part. C'est là la conséquence du principe que la faute est toujours présumée contre le commissionnaire ou le voiturier.[1]

Cette présomption, n'ayant pour fondement que la responsabilité absolue que la loi consacre, manque de toute base lorsque par convention régulière les parties ont admis la non-responsabilité. Celle-ci n'est plus alors qu'une exception puisant sa source dans le fait du commissionnaire ou du voiturier, par conséquent, le bénéfice ne saurait en être acquis que si ce fait est lui-même démontré.

Que prétend dans ce cas le demandeur, observe M. Troplong avec sa sagacité ordinaire, que la convention est nulle parce qu'elle affranchit le voiturier de sa faute? Mais le voiturier ne soutient pas qu'elle est valable sous cette couleur; il consent à répondre de sa faute, mais il dit que c'est à son adversaire à prouver qu'il a été négligent; car il est demandeur en nullité, et pour prouver cette nullité ou l'inutilité de la convention, il faut

[1] *Sup.*, n° 34; *Inf.* n° 362.

qu'il arrive jusqu'à établir que ce n'est pas la force majeure qui a causé l'accident.[1]

C'est cette doctrine que le jugement du tribunal de commerce de Pau, que la Cour de cassation confirmait en 1807, consacre expressément lorsqu'il déclare *qu'il suffit de la preuve d'une incurie quelconque dans un roulage ou voiturage pour faire cesser les avantages d'une réserve ou condition destructive des obligations d'un dépositaire forcé et salarié*. La preuve de l'incurie est donc indispensable, et à la charge de qui peut-elle être, si ce n'est de celui qui sollicite contre ce dépositaire la perte de ces avantages?

333.—La signature de la lettre de voiture par le commissionnaire le lie non-seulement vis-à-vis le voiturier, mais encore envers l'expéditeur. En faveur de celui-ci, elle prouve la remise des effets, l'intervention du commissionnaire, et par conséquent sa responsabilité pour tous les événements du voyage. C'est ce qui se réaliserait notamment pour le commissionnaire intermédiaire qui, recevant la marchandise du voiturier seul et la confiant à un autre, aurait substitué à la lettre primitive une autre lettre de voiture signée par lui.

Vainement prétendrait-il n'avoir point traité avec le second voiturier; vainement dirait-il que, faisant des avances au premier voiturier sur dépôt de la lettre de voiture dont il était porteur, il n'a signé qu'une fausse lettre de voiture qui devait être échangée contre une qui

[1] *Du Louage*, n° 982.

lui avait été remise et qu'il devait restituer au moment du payement de ses avances ; dès qu'en réalité les effets ont fait une partie du parcours sous une lettre de voiture signée par lui, sa responsabilité est acquise, non-seulement en faveur de l'expéditeur, mais encore au profit des précédents commissionnaires.

L'espèce que nous supposons s'étant présentée à la Cour de Bruxelles, fut résolue dans le sens que nous indiquons par arrêt du 30 août 1814.

Des effets avaient été remis à un voiturier pour les transporter par terre, de Paris à Anvers. Arrivé à Bruxelles, le voiturier rompit charge, la marchandise fut dirigée par eau sur Anvers, et voyagea sur lettre de voiture signée d'un commissionnaire de Bruxelles.

Le bateau qui transportait les marchandises ayant coulé à fond, ces marchandises furent perdues. L'expéditeur en poursuivit le payement contre le commissionnaire de Paris, qui appela en garantie le commissionnaire de Bruxelles.

Celui-ci soutint d'abord que le commis qui avait seul signé la lettre de voiture, n'ayant pas de pouvoirs, n'avait pu l'engager ; que par conséquent l'action dirigée contre lui était irrecevable.

Au fond, il prétendit que la pièce invoquée contre lui n'était pas de nature à créer une obligation. Il est d'usage dans le commerce, disait-il, que des commissionnaires étrangers à un transport prêtent des fonds aux voituriers des mains desquels ils reçoivent en gage la lettre de voiture dont ils sont porteurs, que le prêteur transmet à un correspondant du lieu de la destination

des marchandises ; en échange, le voiturier reçoit du prêteur une lettre fausse ou simulée, à l'aide de laquelle il retire celle qu'il avait déposée en payant les sommes prêtées. Or, suivant un usage constant à Bruxelles, le prêteur n'assume aucune responsabilité en délivrant la fausse lettre.

En fait, ajoutait le commissionnaire, je me suis borné à mettre cet usage en pratique ; ce qui le prouve, c'est que la lettre que j'ai donnée était adressée à une personne tout à fait étrangère à l'expédition et qui était chargée de restituer la lettre de voiture qui m'avait été déposée moyennant le payement des sommes que j'avais avancées ; c'est qu'elle ne contient ni le prix du transport, ni délai pour le voyage.

La Cour de Bruxelles repousse toutes ces prétentions, elle écarte la fin de non-recevoir, tirée du défaut de qualité du commis signataire, par le motif qu'il était de notoriété publique que ce même commis avait, depuis douze ans, signé des lettres de voiture sans jamais avoir été désavoué ; qu'il était encore investi de la confiance de la maison dont il gérait encore actuellement les affaires ;

La Cour déclare ensuite, au fond, qu'il résulte de la lettre de voiture que le commissionnaire a expédié les marchandises de Bruxelles à Anvers ; que le mandat de recevoir à Anvers la somme de 225 francs avancée à Bruxelles, ne détruit aucunement la nature de la lettre de voiture ; d'où résulte que celui de qui elle émane s'est mis au lieu et place du voiturier, et qu'il est responsable des avaries survenues à la marchandise.

334.—Cette solution nous paraît irréprochable sous tous les rapports. On pourrait vouloir lui reprocher de créer un obstacle aux avances que le voiturier peut être dans la nécessité de se procurer pour pouvoir consommer le voyage ; mais ce reproche serait immérité, car le privilége résultant de ces avances sur le prix de la voiture en faveur de celui qui le consent, n'est pas subordonné à la délivrance par lui d'une nouvelle lettre de voiture. Le dépôt de celle dont le voiturier est porteur, et sans la représentation de laquelle le destinataire ne peut valablement payer, assure le privilége. Le correspondant qui la recevra au lieu de destination du chargement et qui en préviendra le destinataire étant le seul aux mains de qui celui-ci puisse et doive se libérer.

Que si le voiturier rompt le voyage contrairement à ses obligations, on ne voit pas l'utilité de le faire rembourser de ce qui peut lui être dû pour le trajet parcouru et qui sera plus justement appliqué aux dommages-intérêts auxquels l'inexécution de ses engagements le fera condamner.

D'ailleurs, dans cette hypothèse, ce n'est plus d'une avance qu'il peut s'agir. Ce que le voiturier recevra, il le demandera à titre de salaire pour le trajet parcouru, il doit donc s'en entendre avec le voiturier qu'il se substituera, et qui peut le payer en remboursement. Ce payement mentionné dans la lettre de voiture subrogerait le second voiturier devant alors recevoir l'entier prix de la voiture.

Que si, au lieu de traiter avec un autre voiturier, le premier s'adresse à un commissionnaire, l'expédition faite

par celui-ci est une expédition nouvelle, indépendante de la première, et la preuve la plus évidente, c'est qu'elle exigera une nouvelle lettre de voiture. Le signataire de celle-ci ne pourra donc recuser ni la qualité d'expéditeur, ni la responsabilité, soit à l'endroit du commissionnaire précédent, soit enfin en faveur du propriétaire.

335. — Tel est l'ensemble des prescriptions que la loi a tracées pour la lettre de voiture. Mais ce qu'on doit remarquer dans l'article 102, c'est l'absence de toute sanction pénale pour l'observation de la forme qu'il consacre. C'était là la conséquence forcée de la nature des choses. Comment, en effet, subordonner à la forme les obligations et les droits des parties ? L'inobservation de celle-ci pouvait-elle faire que la remise des effets à transporter, que leur transport d'un lieu dans un autre ne produisissent leurs effets, lorsqu'en fait la remise a été faite et le transport opéré ?

Donc, pour ce qui concerne les parties entre elles, toute nullité pour irrégularité de la lettre de voiture eût été une rigueur injuste et sans motif. Tout ce que cette irrégularité pouvait produire, c'était de substituer la difficulté et le doute à la certitude naissant de l'observation de l'article 102, sur la nature et la quantité des effets remis, sur le délai dans lequel le voyage doit être effectué, sur le prix du transport ; c'était de subordonner la condition des parties aux chances plus ou moins hasardeuses de la preuve testimoniale, aux usages de la place, et en dernière analyse à l'appréciation des tribunaux.

336. — La difficulté sérieuse et réelle que l'irrégularité de la lettre de voiture pouvait faire naître se référait à l'intérêt des tiers exposés à voir une partie de l'actif de leur débiteur commun attribuée par privilége au porteur de cette lettre pour les avances par lui faites sur sa transmission. Devait-on accorder ce privilége lorsque les prescriptions de l'article 102 n'avaient pas été fidèlement observées ?

On a justement induit l'affirmative de l'absence de toute sanction pénale. Une nullité ne se supplée jamais, et si elle n'existe pas, parce que la loi ne l'a pas créée, comment réduirait-on à l'impuissance un acte valable en soi.

Le silence gardé par la loi n'était, au reste, que la légitime conséquence de la nature des choses elles-mêmes. Ce privilége est dû à celui qui a fait confiance à la chose plutôt qu'à la personne ; or, pour qu'il en soit ainsi, la loi n'exige que ce qui est prescrit par l'article 93, à savoir : que les effets sur lesquels les avances ont été faites aient été expédiées d'un lieu sur un autre. Il ne saurait exister de difficultés, si ces effets sont arrivés et remis en échange au moment des avances, mais il était facile de prévoir qu'il n'en serait pas ordinairement ainsi et que les avances seraient surtout demandées et accordées avant l'arrivée des marchandises. De là la concession du privilége sur la seule preuve de l'expédition.

Cette preuve résulte *de plano* d'une lettre de voiture régulière, mais pourquoi ne serait-elle pas acquise toutes les fois que, sans être strictement conforme aux prescriptions de l'article 102, le document invoqué établirait

la preuve du chargement. N'est-ce pas celui-ci que la loi a eu uniquement en vue, et le refus du privilége, dans cette hypothése, n'eût-il pas été le sacrifice du fond à la forme ?

On comprend qu'en matière d'expéditions maritimes on ait décidé que rien ne pouvait remplacer le connaissement. On ne pouvait décider le contraire sans violer expressément l'article 283 du Code de commerce. Le chargement n'est établi que par un connaissement rédigé dans la forme prescrite par les articles 281 et 282. Donc, l'inobservation laisse le chargement non établi, et exclut par conséquent le privilége.

Mais la loi ne s'est pas montrée aussi exclusive en matière de lettres de voiture ; et puisqu'elle n'a pas subordonné à leur perfection la preuve du chargement, c'est qu'elle a admis que son existence, que sa réalité pouvait être acquises autrement, et que le privilége dont ce chargement est le fondement et la base pouvait et devait être accordé lorsque cette preuve serait fournie.

Ainsi, tout document justifiant le chargé est une véritable lettre de voiture dans le sens de la loi, qu'il réunisse ou non toutes les indications de l'article 102. C'est ce que la doctrine et la jurisprudence ont unanimement admis, c'est ce que la Cour de cassation, notamment, consacrait par son arrêt du 31 janvier 1844.[1]

337. — Nous venons de dire que la lettre de voiture, étrangère en principe au destinataire, devient obligatoire

[1] *J. D. P.*, 2, 1844, 673.

pour et contre lui par la réception des effets dont elle mentionne le transport. Elle devient, dès cet instant, le contrat commun formant titre pour le commissionnaire ou le voiturier qui peut ou ne délivrer la marchandise que contre le remboursement de ce qui lui est dû, ou poursuivre judiciairement ce remboursement, si la marchandise a été remise.

On a voulu faire résulter de cette remise une fin de non-recevoir contre l'action ultérieure en payement des frais de transport et dépenses accessoires. C'était là contraindre le commissionnaire ou le voiturier à exercer le droit de retention, et nous avons vu combien cet exercice sort des usages du commerce et est contraire à sa pratique et à ses intérêts. On a donc justement repoussé cette fin de non-recevoir.

Alors on a prétendu que la remise sans protestation ni réserve prouvait le payement par le destinataire. Mais cette prétention, qui arrivait au même résultat que la précédente, n'a pas été, ne pouvait pas être plus heureuse. Elle a donc été également écartée. Le titre du commissionnaire ou du voiturier est dans la lettre de voiture; tant que celle-ci est en sa possession, il a le droit d'exiger le payement de la créance qu'elle constitue en sa faveur. Ce droit ne peut être éteint que par la preuve de la libération du destinataire, et celle-ci ne peut résulter que de la représentation de la lettre de voiture acquittée ou de la quittance souscrite par le commissionnaire ou le voiturier.[1]

[1] Cass., 20 juin 1834.

338. — Cette doctrine trace au destinataire la marche qu'il doit suivre en recevant les marchandises. Il ne doit payer que contre la remise de la lettre de voiture qui les a accompagnées, et qui doit être aux mains du voiturier ; le payement qu'il ferait en dehors de cette remise ne le libèrerait pas envers le porteur de cette lettre de voiture, pas même vis-à-vis du commissionnaire ou du voiturier qui, abusant de sa confiance, viendrait se faire payer une seconde fois. Mais, à l'endroit de ces derniers, on leur opposerait avec raison et succès la quittance qu'ils auraient donnée.

339. — La lettre de voiture peut s'adirer, s'égarer ou se perdre. Dans cette prévision, l'article 102 veut que le commissionnaire chargeur copie celles qu'il rédige sur un registre auquel les parties pourraient recourir au besoin. C'est un livre spécial à l'industrie de commissionnaire, et qui est obligatoire au même titre que le journal, le copie de lettres et le livre des inventaires le sont pour tous les commerçants. Comme eux, on devait dès-lors exiger qu'il fût coté et paraphé. La copie des lettres de voiture doit y être faite dans l'ordre des dates, de suite et sans intervalle.

Le commissionnaire chargeur opérant lui-même ses transports est en même temps commissionnaire et voiturier. En cette dernière qualité, il est régi par les dispositions de la section III, que nous allons examiner.

SECTION III.

Du Voiturier.

—

ART. 103.

Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force majeure.

Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure.

ART. 104.

Si, par l'effet de la force majeure, le transport n'est pas effectué dans le délai convenu, il n'y a pas lieu à indemnité contre le voiturier pour cause de retard.

ART. 105.

La réception des objets transportés et le payement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier.

SOMMAIRE.

340. Fondement de la responsabilité du voiturier.
341. Son caractère.
342. Son point de départ.
343. Quand et dans quels lieux s'opère la remise.

344. N'est pas régulièrement faite aux mains du domestique étranger au commerce, conséquences.
345. L'entrepreneur répond-il des paquets remis au conducteur ? Arrêt de la Cour de cassation pour la négative.
346. Caractère de cet arrêt. Distinction dans la solution de la question.
347. L'entrepreneur répond des effets remis à ses facteurs ou camionneurs.
348. Le voiturier répond principalement de l'arrivée des marchandises dans le délai déterminé.
349. Exception en cas de force majeure.
350. Doit être légalement constatée.
351. Etre prouvée par le voiturier. Nature de la preuve.
352. Obligation de restituer la chose telle qu'elle a été reçue. Conséquences en cas d'avarie ou de perte.
353. En quoi consiste l'avarie. Intérêt du voiturier à faire constater l'état matériel au moment de la remise.
354. Nature de l'indemnité à laquelle l'avarie donne lieu.
355. Indemnité en cas de perte. Difficultés que sa détermination peut soulever.
356. Par qui et comment elles doivent être tranchées.
357. Effets du défaut de déclaration préalable de la valeur des choses remises.
358. Législation ancienne, intermédiaire et actuelle à ce sujet.
359. Etat de la jurisprudence. Elle consacre l'obligation pour le voiturier de payer la valeur réelle et totale.
360. L'acceptation d'un bulletin limitant l'indemnité ne forme pas un contrat obligatoire pour l'expéditeur.
361. Jurisprudence en ce sens. Son caractère.
362. L'avarie ou la perte survenue en cours de voyage est présumée provenir de sa faute. Nature de la présomption. Conséquence quant à la preuve.
363. Le voiturier ne répond pas de l'avarie ou perte provenant du vice propre.
364. Ou du vice d'emballage.
365. *Quid* de l'aggravation due à la négligence.

366. A qui appartient l'action en responsabilité.
367. L'expéditeur qui l'exerce n'est pas tenu de prouver la propriété des effets réclamés en nature ou en valeur.
368. Fin de non-recevoir contre l'action. Conditions qu'elle exige. Conséquences quant au payement de la voiture.
369. Profite au commissionnaire chargeur.
370. N'est pas opposable en cas de dol ou de fraude.
371. Exemples de l'un et de l'autre puisés dans la jurisprudence.
372. Dans le cas de substitution d'une chose à une autre, il n'y a pas réception dans le sens de la loi.
373. L'article 105 est spécial au voiturier.
374. Distinction à faire pour ce qui concerne l'expéditeur. Conséquences.
375. Les articles 435 et 436 du Code de commerce ne sont pas applicables au transport par terre ou par eau.
376. Droit du voiturier d'être payé du prix de la voiture et des frais accessoires.
377. Etendue de ce droit dans le cas de rupture du voyage du fait du voiturier.
378. En cas de rupture du fait de l'expéditeur.
379. En cas de force majeure, avant le voyage.
380. Depuis le voyage commencé, droits et obligations du voiturier.
381. Motifs qui ont fait concéder au voiturier un privilége sur le prix de la chose transportée.
382. Caractère de ce privilége. Sursis à la remise de la chose.
383. Jurisprudence et doctrines conformes. Conditions.
384. Caractère de l'obligation de prouver l'identité de la chose.
385. Dans quels cas la vente faite par le destinataire anéantit le privilége.
386. Dans quel délai doit agir le voiturier.
387. Inapplicabilité de l'article 307 du Code de commerce.
388. Le privilége est perdu si le voiturier est présumé y

340.—La responsabilité du fait d'autrui, que des considérations d'ordre public, qu'une nécessité sociale ont dû faire peser dans certains cas sur certaines personnes, n'a jamais eu pour effet de déroger au principe d'éternelle justice que chacun est tenu de ses propres actes. Ce principe, nettement formulé par les articles 1382 et suivants du Code Napoléon, avait été déjà, pour ce qui concerne les voituriers, expressément consacré par l'article 1782 du même Code.

Il ne pouvait jamais venir à l'idée de personne que le droit commercial dût et pût s'en écarter ou le méconnaître. Aussi est-il permis de croire que l'article 103 n'a pas été dicté par la nécessité de confirmer une règle aussi équitable, aussi rationnelle. Son but principal a été de préciser les exceptions qu'elle est dans le cas de subir et de combler une lacune dès longtemps signalée dans les dispositions du Code Napoléon.

En principe donc, le voiturier, soit qu'il ait traité di-

rectement avec l'expéditeur, soit qu'il ait été choisi et préposé par le commissionnaire, répond du dommage que les effets transportés ont éprouvé pendant le voyage. Dans la seconde hypothèse, l'expéditeur a deux obligés. Il peut à son choix actionner l'un ou l'autre ou tous les deux conjointement. Mais le voiturier ne saurait dans ce cas se soustraire au recours en garantie que le commissionnaire exercerait contre lui, pas plus qu'il ne pourrait dans la première hypothèse échapper à l'action du propriétaire ou de l'expéditeur.

341.—Cette responsabilité du voiturier, l'article 1782 du Code Napoléon l'avait nettement caractérisée, en déclarant que pour la garde et la conservation des choses qui lui sont confiées, il est assujetti aux mêmes obligations que les aubergistes.

C'est-à-dire que, relativement aux effets dont le transport lui est confié, le voiturier est un dépositaire nécessaire comme l'aubergiste pour les objets apportés par les voyageurs. Mais ce point de contact établi, reste une énorme différence entre les obligations de l'aubergiste et celles du voiturier.

Celles du premier se bornent à répondre du vol qui serait commis, soit par ses domestiques ou employés, soit par des étrangers, et encore en tant que le propriétaire n'aurait pas facilité le vol par son imprudence ou par un défaut de précautions auxquelles il est de son côté tenu. C'est dans la chambre qu'il occupe que sont ordinairement déposés ces effets; c'est en sa possession qu'ils demeurent réellement. Il est donc seul tenu de pourvoir

aux soins et aux réparations que leur entretien peut exiger.

342. — Mais dès l'instant de leur remise, les objets confiés au voiturier entrent dans sa possession exclusive. Le propriétaire n'est pas là et on ne le retrouvera qu'à la fin du voyage, que lorsque arrivées à leur destination, les choses transportées seront reçues par le destinataire. Donc, depuis la remise et pendant la durée du voyage, les soins qu'elles réclament, les réparations que leur conservation exige ne peuvent être pris et exécutées que par le voiturier. Il était donc naturel de lui en imposer le devoir.

Ainsi, si les tonneaux ont besoin d'être réparés lors de leur mise en route ou pendant le voyage, le voiturier doit y pourvoir; si la marchandise est susceptible d'être endommagée par l'eau, il doit disposer son chargement de manière à la garantir de la pluie; si les effets sont fragiles, il doit procéder au chargement et au déchargement avec toutes les précautions indispensables pour en prévenir le bris.

En d'autres termes, dès que les effets sont en sa possession, le voiturier remplacera le propriétaire. C'est sur lui que celui-ci a dû s'en remettre et s'en est en effet remis pour tout ce qui concerne leur entretien et leur conservation. La négligence qu'il mettrait à le suppléer constituerait l'oubli d'un devoir, une faute lourde. Il répondrait donc des conséquences qu'elle aurait déterminées, et cette responsabilité serait d'autant plus rigou-

reusement appliquée qu'à la qualité de dépositaire forcé, le voiturier réunit celle de mandataire salarié.

343.—Nous venons de dire que le devoir du voiturier naît au moment de la remise. Or, celle-ci s'entend, non de la tradition réelle et effective seulement, mais encore de la tradition morale et virtuelle, quel que soit le lieu où se trouve la marchandise, pourvu toutefois que ce lieu ne soit pas le magasin de l'expéditeur. Il y a remise, dans le sens de la loi, dès que cette marchandise est à la disposition du voiturier. C'est ainsi que l'article 1783 du Code Napoléon le déclare responsable, non-seulement de ce qu'il a déjà reçu dans son bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui lui a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans le bâtiment ou la voiture.

344. — Il y a remise engageant la responsabilité du voiturier, non-seulement lorsque les effets lui ont été personnellement remis, mais encore lorsque la livraison en a été faite à ses employés, facteurs ou commis, à la condition toutefois que les uns et les autres puissent être considérés comme ses préposés, et dès-lors comme ayant qualité pour les recevoir.

Or, telle n'est pas la condition du domestique à gage, uniquement attaché à la personne ou aux soins du ménage. Nous avons vu la Cour de cassation exonérer le commissionnaire de toute responsabilité pour les effets remis à ses domestiques.[1] Or, ce qui est vrai pour le

[1] *Sup.*, n° 239.

commissionnaire ne saurait pas ne pas l'être pour le voiturier.

345. — La Cour de cassation a également jugé, le 29 mars 1814, qu'il en était du conducteur de la voiture comme du domestique simple. Qu'on ne pouvait le considérer comme préposé pour recevoir les effets, et que par conséquent l'entrepreneur n'est pas responsable de ceux qui lui auraient été directement remis.

Le tribunal de Montargis ayant jugé le contraire, son jugement fut déféré à la Cour suprême. A l'appui du pourvoi, le demandeur en cassation invoquait le principe que le voiturier ne répond des effets remis à un préposé que si ce préposé a qualité pour les recevoir.

Or, disait-il, soit que par ces mots : conducteur de la voiture, on entende le domestique chargé de conduire les chevaux, soit qu'on ait voulu indiquer l'homme de confiance qui accompagne la voiture, dans l'un comme dans l'autre cas, il fallait établir en fait que ce conducteur était employé, non-seulement pour charger et accompagner la voiture, mais encore pour recevoir les paquets; jusqu'à ce que ce fait eût été constaté, ni la qualité de conducteur, ni le lieu où le paquet lui a été remis, ni le fait du chargement ne suffiraient pour faire déclarer l'entrepreneur responsable.

C'est ce que la Cour suprême admit. En conséquence, elle cassa le jugement, comme violant les articles 1784 et 1785 du Code Napoléon.[1]

[1] *Sup.*, 14, 1, 102.

« Il ne serait pas juste, en effet, observe M. Duranton, qu'un entrepreneur fût garant de la perte d'objets dont le prix du transport pourrait facilement lui être soustrait, faute d'être portés sur la feuille du conducteur.[1] »

346.—On ne peut méconnaître le caractère juridique de l'arrêt de la Cour de cassation. Mais, à notre avis, ce caractère tient uniquement à cette circonstance, qu'il s'agissait d'un colis isolément remis, et remis au lieu du départ de la voiture, et où se trouvaient par conséquent les bureaux où doivent être déposés les objets confiés à l'entreprise. En pareil cas, la remise n'est régulièrement effectuée qu'entre les mains de l'employé chargé du registre prescrit par l'article 1785, et par conséquent d'enregistrer la remise, et de la mentionner sur la feuille de route.

« Dans ce cas, dit avec raison M. Troplong, la remise au conducteur, sans passer par les bureaux, peut n'être que le résultat d'une connivence entre celui-ci et le voyageur pour échapper à la taxe des effets. On pressent facilement qu'alors le conducteur, loin d'être le représentant de l'administration, est plutôt son adversaire, et que ses faits sont loin d'engager l'entrepreneur.[2] »

Or la taxe, qui n'atteint pas toujours les effets du voyageur, est toujours appliquée aux colis isolément transportés. Les remettre au conducteur, ne serait-ce pas

[1] T. 17, n° 245.
[2] *Du Louage*, n° 951.

lui donner l'occasion de s'appliquer personnellement le prix du transport, et cette intention ne résultera-t-elle pas du défaut d'enregistrement sur le registre, et de l'omission de toute mention sur la feuille de route.

Une opération pouvant donner naissance à une pareille fraude ne saurait être autorisée et produire un effet quelconque que si l'expéditeur a été contraint d'agir comme il l'a fait, et placé dans l'impossibilité de faire autrement. Or, cette contrainte et cette impossibilité sont évidentes dans l'hypothèse de la remise d'un colis ou paquet dans une localité que la voiture se borne à traverser, ou sur la route qu'elle parcourt, ou au relai où elle ne fait que changer les chevaux.

La mission du conducteur de recevoir dans ce cas les colis ou paquets est incontestable. S'il abuse de cette mission, s'il trompe la confiance dont il a été l'objet, il n'y a pas à hésiter entre celui qui l'a député et celui qui ne pouvait que s'adresser à lui. Les conséquences de l'abus sont nécessairement à la charge du premier.

La responsabilité du voiturier, quant aux effets confiés au conducteur, est donc subordonnée au lieu où la remise a été effectuée. Dans les localités où l'entreprise a des bureaux et des employés qui les tiennent, c'est à ces employés, c'est dans ces bureaux que doivent être remis les colis et paquets. L'entrepreneur ne répondrait de ceux directement confiés au conducteur que s'ils avaient été inscrits sur la feuille de route; il répond d'une manière absolue de ceux reçus par le conducteur pendant le cours du trajet et dans les localités où il n'y a ni bureaux ni employés. Le défaut de

mention sur la feuille ne saurait être opposé à l'expéditeur qui ne pouvait ni le prévoir ni l'empêcher et qui a dû nécessairement suivre la foi de celui que l'entrepreneur avait lui-même préposé à la confiance du public.

347. — La qualité des facteurs attachés à un bureau pour remettre à destination les objets arrivant des diverses localités desservies par les voitures de l'entreprise, ou pour transporter au bureau les effets des voyageurs, celle des camioneurs des maisons de roulage qui rendent ou prennent à domicile les colis expédiés ou à expédier, ne saurait être contestée. Ils sont expressément préposés pour la réception par l'entrepreneur lui-même. Ils sont donc, en recevant les colis, paquets ou effets, dans l'exercice de leurs fonctions. Aucun doute ne saurait s'élever sur la responsabilité de l'entrepreneur quant aux objets ainsi remis.

348. — Nous avons vu l'article 97 rendre le commissionnaire garant de l'arrivée des marchandises dans le délai imparti par la lettre de voiture. Mais il est évident que sauf le cas d'une remise tardive au voiturier, le retard sera bien plutôt le fait de celui-ci que celui du commissionnaire. Aussi sera-ce le voiturier qui en définitive en répondra, soit envers l'expéditeur, soit envers le destinataire, soit enfin envers le commissionnaire.

Il est même évident que lorsque la peine du retard se bornera à une retenue du prix de la voiture, ce dernier ne sera en aucune façon recherché et ne saurait l'être. Le destinataire ne payera qu'en opérant la retenue auto-

risée par la lettre de voiture, et la peine sera dès-lors supportée par l'auteur de la faute, le voiturier.

Si le retard étant extraordinaire donne lieu, soit à une allocation de dommages-intérêts, soit au laisser pour compte, l'action, si elle est intentée par l'expéditeur surtout, sera inévitablement dirigée contre le commissionnaire. Mais le recours de celui-ci contre le voiturier ne manquera pas d'être accueilli, et ainsi encore les conséquences de la faute demeureront à la charge de son auteur.

349.—Cette solution, qui s'induit de la nature de l'obligation du commissionnaire que l'article 97 qualifie lui-même de garantie, était l'inévitable conséquence du principe que nous rappelions tout à l'heure, à savoir : que la responsabilité légale du tiers n'était pas, ne pouvait pas être l'impunité pour l'auteur du fait dommageable. L'obligation principale du voiturier, à l'endroit du retard, est d'ailleurs formellement consacrée par la loi. L'article 104 ne l'affranchit de toute indemnité que si le retard provient de la force majeure.

Mais, dans ce cas, le commissionnaire lui-même ne saurait être recherché, d'abord parce que nul ne saurait répondre de la force majeure, ensuite parce que l'article 97 le déclare formellement ainsi, à la condition que la force majeure sera légalement constatée.

350. — Malgré le silence gardé à cet égard par l'article 104, il est évident que cette condition est également exigée du voiturier. Nous avons vu que cette consta-

tation devait être requise au moment et sur le lieu de l'accident; elle ne peut donc l'être que par le voiturier. Or, comprendrait-on que l'omission de cette formalité ne dût produire aucun effet à son endroit, et qu'elle créât une obligation pour le commissionnaire qui a été évidemment dans l'impossibilité d'y faire procéder. Comment, d'ailleurs, s'il n'existait aucune obligation principale, concevoir une garantie.

Concluons donc que la condition de l'article 97 est virtuellement sous-entendue. Il serait trop injuste de punir exclusivement le commissionnaire de la négligence du voiturier. D'ailleurs, celui-ci est, en réalité, le mandataire du commissionnaire, tenu de sauvegarder ses intérêts comme les siens propres, et ne pouvant négliger ce devoir sans engager sa responsabilité.

351. — Le voiturier se prévalant de l'article 104 est tenu de prouver la force majeure dont il excipe, et cette preuve doit puiser son élément essentiel dans la constatation légale, non-seulement de l'accident, mais encore des causes auxquelles il doit être imputé. Il n'y a réellement force majeure que si cet accident n'a été précédé ou accompagné d'aucune faute, d'aucune négligence, d'aucun défaut de précautions. C'est ce caractère que la constatation légale doit justifier.

352. — La fin du voyage détermine pour le voiturier l'obligation de remettre au destinataire les effets dont il a été chargé. Nous venons de dire que, pour le voiturier

simple, il n'est jamais tenu de rendre que la nature et la quantité constatée par la lettre de voiture.

Sans doute la qualification de voiturier désigne tous ceux qui louent leurs services pour transporter, soit par terre soit par eau, les personnes et les marchandises, et notamment les commissionnaires chargeurs opérant les transports sur une échelle plus ou moins vaste. Mais les articles 103 et suivants disposent plus spécialement pour les rouliers, abstractivement de la qualité d'entrepreneur et de celle de commissionnaire. Or, il est évident que le roulier, rendant la marchandise à son adresse, n'aura jamais reçu, soit de l'expéditeur, soit de l'entrepreneur, soit du commissionnaire, que ce qui est mentionné dans la lettre de voiture. On ne saurait lui demander rien au-delà.

Mais il ne peut jamais restituer rien en-deçà. Il est absolument obligé de rendre identiquement tout ce qu'il a reçu en nature, en consistance ou en poids, en valeur. Comme conséquence de cette obligation, il répond de la perte totale ou partielle, et de l'avarie que les effets auraient subi en route et pendant le voyage.

353. — L'avarie existe toutes les fois que la marchandise n'est pas en bon état de conservation. La dépréciation sera plus ou moins forte, suivant le cas, mais elle n'en sera pas moins réelle toutes les fois que la marchandise offrira une altération quelconque appréciable.

Il pourrait se faire, cependant, que cette altération eût précédé la mise en route, mais, même dans cette hypothèse, le voiturier en répondrait si, au moment de la ré-

ception, il n'avait pas fait constater l'état actuel, si, d'ailleurs, par la nature des choses, cette constatation pouvait être provoquée et effectuée.

Cette possibilité n'existe pas pour les effets remis dans des caisses ou enveloppes fermées ou scellées. Aussi le voiturier ne garantit-il, dans ce cas, que le bon état extérieur, et ne répond du contenu que si l'altération a pu avoir lieu sans effraction extérieure, et que si elle était évidemment le fait de l'homme.

354. — L'indemnité due en cas d'avarie se compose de la différence de valeur entre l'état avarié et l'état sain. Cette différence est établie par une expertise qui constate la nature de l'avarie, son étendue et la dépréciation qui en résulte pour les objets qui en sont atteints. Si les proportions de l'avarie étaient telles que les marchandises ne pussent plus être utilisées, ni recevoir la destination qui leur était affectée, le laisser pour compte qu'en ferait le propriétaire devrait être accueilli, et le voiturier tenu de payer leur valeur intégrale, c'est-à-dire le montant de la facture, si le litige a lieu avec l'expéditeur; ce que la marchandise aurait valu en état sain, au lieu de destination, si c'est le destinaire qui réclame.

355. — C'est cette valeur qui est due par le voiturier pour tous les objets perdus. Le propriétaire ne recevant, ne pouvant rien recevoir en nature, doit recevoir en argent ; il ne saurait, à cet égard, exister ni incertitude ni doute.

Mais l'une et l'autre peuvent naître lorsqu'il s'agira de

déterminer la somme à payer. Chaque nature de marchandises comporte plusieurs qualités différentes, et sa valeur varie suivant celle dans laquelle elle devra être rangée. Il arrivera donc souvent que la qualité de la marchandise perdue sera contestée ; tandis que l'expéditeur soutiendra que cette qualité était supérieure, le voiturier voudra la faire considérer comme inférieure.

Un litige de cette nature peut être facilement tranché en cas de perte partielle. L'examen de ce qui reste déterminera la qualité et la valeur de la partie perdue. Mais en cas de perte totale, comment faire cette détermination ? Sans doute, c'est au demandeur à justifier de son allégation, mais en quoi consistera celle-ci, lorsque la marchandise réellement transportée ne peut être représentée et appréciée.

356. — C'est au tribunal investi à apprécier les prétentions des parties, et à se prononcer pour celles qui lui paraissent les plus probables. Les éléments de cette appréciation sont d'abord les documents produits ; la lettre d'ordre déterminant la qualité demandée, celle d'envoi ; la facture et les prix qu'elle cote ; l'interrogatoire des parties, celui du courtier qui a été l'intermédiaire de la vente ; enfin, la moralité des parties. En un mot, les juges peuvent prendre toutes les mesures de nature à éclairer leur religion, à rassurer leur conscience, sans être astreint à une forme quelconque.

Ainsi, la Cour de cassation déclarait, le 4 décembre 1837, qu'il n'y a pas ouverture à cassation en ce que le tribunal, après avoir ordonné, pour s'éclairer sur la perte

d'un objet confié à un commissionnaire, non une enquête proprement dite, mais la simple comparution des parties en personne, aurait reçu les déclarations, soit de ces parties, soit de leurs préposés, sans suivre les règles tracées pour les enquêtes sommaires par les articles 407 et 408 du Code de procédure civile.[1]

Le mode d'instruction, comme les éléments de conviction eux-mêmes, est donc entièrement laissé à l'arbitrage souverain du juge. La Cour de Rouen, usant de ce droit, jugeait, le 20 février 1816, que, relativement à la valeur des objets perdus, les juges peuvent s'en tenir à l'estimation faite de bonne foi par l'expéditeur, sur la demande du commissionnaire au moment de la réclamation de l'objet et avant procès.

Il arrivera quelquefois que, pour tous moyens d'instruction, les juges en seront réduits à la déclaration du réclamant. Par exemple, un voiturier a perdu une malle qu'il s'était chargé de transporter. Pourra-t-on entendre des témoins pour en justifier le contenu, ou confier la détermination de l'indemnité à des experts? L'expéditeur a-t-il pu et dû se procurer la preuve qu'il a réellement mis dans la malle les objets qu'il réclame?

Dans cette hypothèse, évidemment les juges ne peuvent fixer l'indemnité que par le plus ou moins de vraisemblance de la déclaration de l'expéditeur, sur le plus ou moins de confiance que cette déclaration leur paraît devoir inspirer. Ils peuvent donc l'admettre purement ou simplement la modifier, mais non la repousser absolu-

[1] *J. D. P.*, 1, 1838, 284.

ment, puisque la certitude de la remise, d'une part, de la perte, de l'autre, donne nécessairement lieu à une indemnité.

Mais, quelle que soit leur décision sur la somme à allouer, ils ont le droit d'exiger la garantie du serment, et, usant de la faculté que leur confère l'article 1369 du Code Napoléon, de déterminer la somme jusqu'à laquelle le mandeur sera tenu sur son affirmation.[1]

357. — Nulle part le Code de commerce, pas plus que le Code Napoléon, n'exige la déclaration préalable de la valeur de ce qui est contenu dans les malles, caisses ou cartons. L'article 96 n'oblige le commissionnaire à inscrire cette valeur sur son registre que s'il en est requis. Cette déclaration est donc purement facultative pour l'expéditeur.

Si elle a été faite et constatée soit sur le registre, soit sur la lettre de voiture, c'est la valeur indiquée que doit rembourser le commissionnaire ou le voiturier. L'obligation de recevoir la déclaration implique la faculté et le devoir d'en vérifier l'exactitude. Que ce devoir ait été ou non rempli, le contrat est parfait par cela seul qu'il a pu l'être, et doit produire tous ses effets.

L'omission de cette déclaration, de la part de l'expéditeur, ne saurait avoir pour résultat d'exonérer le voiturier de l'obligation de payer la perte. Son effet unique est d'obliger l'expéditeur à prouver ses allégations et à justifier de la valeur qu'il réclame. Cette justification faite,

[1] Paris, 19 avril 1809.

c'est cette valeur qui doit lui être intégralement remboursée.

358. — Il pouvait en être autrement sous l'empire de l'ancienne législation. Un règlement du 16 juin 1681 fixait à 150 fr. l'indemnité pour la perte des objets non déclarés sur le registre, avec indication de leur quantité et valeur. Mais, au témoignage de Jousse, ce règlement n'avait jamais été suivi dans le ressort du Parlement de Paris.

La loi du 24 juillet 1793 en rendit les dispositions exécutoires dans toute la France, en les renouvelant et en les sanctionnant en faveur des messageries nationales. C'est de cette loi qu'on a essayé de se prévaloir pour soutenir que, aujourd'hui encore, à défaut de la déclaration préalable de la valeur, l'entrepreneur ou le voiturier en était quitte pour l'indemnité de 150 fr.

Mais cette exception n'a pas prévalu. A l'époque de la loi de 1793, l'Etat avait le monopole du transport. Les messageries nationales étaient exclusivement en ses mains, et les services que rendait cette entreprise, qu'aucun particulier n'aurait été alors en position d'exécuter, excusaient et expliquaient les dérogations au droit commun que dictait la nécessité d'alléger le fardeau si lourd que l'Etat s'était imposé dans un intérêt éminemment public.

C'était donc uniquement le monopole que le législateur de 1793 avait entendu régir, la chute de celui-ci devait donc entraîner celle des dispositions spéciales qui avaient été prises à son intention. En conséquence, la

loi du 9 vendémiaire an VI, en supprimant les messageries nationales et accordant toute liberté à l'industrie messagiste, replaçait celle-ci sous l'empire du droit commun.

359. — Cette conséquence avait été méconnue par le tribunal civil de Caen. Il avait donc admis un entrepreneur de transport à se prévaloir de la loi de 1793. Mais son jugement, déféré à la Cour suprême, fut cassé comme appliquant faussement cette loi et violant l'article 1784 du Code Napoléon.[1]

De nombreux arrêts intervenus depuis ont fixé la jurisprudence d'une manière nette et précise. Un autre arrêt de la Cour de cassation, du 18 juin 1833, établit expressément le droit en déclarant que la perte d'un objet qu'on ne peut attribuer ni à un cas fortuit, ni à un événement de force majeure constitue la responsabilité du voiturier dont l'effet est réglé, non par le principe du contrat de dépôt, mais par les dispositions du Code civil et du Code de commerce sur les commissionnaires et voituriers ; que cette responsabilité s'étend à toute la valeur des objets perdus, et que si le propriétaire n'a pas déclaré cette valeur au moment du chargement, déclaration purement facultative et qui n'est ordonnée par aucune loi, c'est à ce propriétaire qu'il incombe de prouver la valeur des objets perdus; que cette preuve, qui peut s'établir par toute espèce de documents, constitue

[1] Cass., 6 février 1809.

une appréciation de faits rentrant essentiellement dans les attributions souveraines des juges.[1]

Ainsi, que la valeur ait été ou non préalablement déclarée, ce que le voiturier doit en cas de perte, c'est cette valeur entière, intégrale, il ne serait recevable et fondé à offrir une indemnité moindre, que si par convention entre l'expéditeur et lui ils avaient déterminé la somme à recevoir et à payer en cas de perte.

360.—Cette convention peut-elle résulter de la clause limitative de la responsabilité, que contiendrait le bulletin d'expédition délivré par le voiturier ?

La négative, enseignée par M. Pardessus, admise par M. Troplong, a été consacrée par la jurisprudence et avec juste raison. Le bulletin a pour objet et pour but de fournir à l'expéditeur un titre établissant la remise des objets. Il est donc destiné à prouver le contrat, et non à régler les effets de la responsabilité et à modifier à ce sujet les dispositions précises de la loi. D'ailleurs, il est le fait exclusif du voiturier qui ne pourrait s'en prévaloir sans être repoussé par la règle que nul ne peut se créer un titre à lui-même.

Les indications du bulletin ne sauraient donc acquérir un autorité quelconque que de l'adhésion que donnerait l'expéditeur. Or cette adhésion on a voulu la faire résulter de l'acceptation pure et simple du bulletin. Un

[1] *Conf.*, Cass., 13 vendémiaire an x ; Lyon, 6 mars 1821 ; Paris, 7 juillet 1832 ; Grenoble, 29 août 1833 ; Paris, 15 juillet 1834 ; Lyon, 15 mai 1839 ; *J. D. P.*, 1, 1839, 624.

pareil effet ne serait admissible que si la réception du bulletin était facultative pour l'expéditeur ; que s'il avait pu en discuter les clauses. Or, cette faculté n'a jamais existé. Celui qui dépose un objet est bien forcé de recevoir en échange le titre qui lui permettra d'en exiger la restitution, et comme la remise de ce titre ne peut être que postérieure au dépôt, ce n'est qu'après avoir livré les effets que l'expéditeur sera à même de connaître les conditions qu'il a plu au voiturier de stipuler dans son intérêt. Quel moyen a-t-il dès-lors pour faire constater son refus de les accepter. Devra-t-il recourir à un acte d'huissier? Il est évident que le système que nous combattons ouvrirait la plus large porte à la surprise et que souvent l'expéditeur se verrait exposé à une perte considérable en vertu d'un bulletin qu'il n'a pas même lu.

On ne pourrait donc exciper de l'acceptation du bulletin que si les conditions avaient été débattues avec l'expéditeur et consenties par lui. La preuve de ce consentement ne pourrait résulter que d'un titre formel, par exemple de la signature par lui apposée sur un exemplaire du bulletin resté en mains de l'entrepreneur ou du voiturier.

Si l'un ou l'autre n'avait qu'à faire inscrire sur ses bulletins les dérogations qu'il croirait devoir faire subir à la responsabilité dont le frappe la loi, cette responsabilité ne serait plus qu'un vain mot. Bientôt, en effet, on ne se contenterait pas de la limiter plus ou moins, on la répudierait absolument. C'est ce qu'une compagnie de bateaux à vapeur avait cru devoir faire. Elle déclarait,

en conséquence, dans ses bulletins imprimés, qu'elle ne répondait pas des bagages.

361. — Un voyageur dont la malle avait été perdue, en ayant exigé la valeur, la compagnie lui opposait cette clause qu'elle soutenait être devenue obligatoire par l'acceptation du bulletin. Mais, par arrêt du 15 décembre 1844, la Cour d'Alger condamne cette prétention.

« Attendu qu'il ne peut dépendre de la volonté des entrepreneurs de voitures publiques, par terre et par eau, de s'affranchir de la responsabilité légale qui pèse sur eux, en imprimant sur les bulletins délivrés aux voyageurs qui viennent retenir leur place que l'administration ne répond pas des bagages; qu'une pareille clause est contraire à l'essence du contrat de louage de service, et qu'elle n'est consentie ni expressément, ni tacitement par les voyageurs qui, en recevant leur bulletin, ne sont jamais mis en demeure d'accepter ou de répudier cette clause.

Ici, encore, la Compagnie, se prévalant subsidiairement de la loi de juillet 1793, soutenait que dans tous les cas elle ne devait que l'indemnité de 150 fr., mais la Cour d'Alger, se rangeant à la jurisprudence que nous venons d'indiquer, déclare que les entrepreneurs répondent de la valeur totale des objets perdus par leur faute; que l'indemnité de 150 fr., fixée par la loi de 1793, pour une malle perdue, à défaut d'évaluation lors du chargement, n'avait été introduite qu'en faveur du gouvernement, et alors que les messageries étaient en régie nationale; que cette restriction dérogatoire au droit com-

mun a cessé depuis la loi du 9 vendémiaire an VI, qui a aboli les régies nationales de messageries.[1]

Ainsi le voiturier répond de droit des effets qui lui sont remis. La convention qui le délierait de cette responsabilité serait nulle comme contraire à la loi, comme dispensant le voiturier des soins et des précautions auxquels le législateur a voulu l'astreindre dans un intérêt public et général. Or, répudier une partie de cette responsabilité, n'est-ce pas également méconnaître la volonté impérative du législateur et y contrevenir?

La conclusion logique serait donc, que même la convention qui aurait pour objet de réduire la responsabilité à une somme déterminée devrait être écartée comme illicite. Cependant, nous venons d'enseigner le contraire, et nous n'hésitons pas à persister dans cette opinion. A notre avis, une convention de ce genre serait non une restriction à la responsabilité, mais une évaluation contradictoire des objets remis, et, à ce titre, son caractère légal et obligatoire ne saurait être ni méconnu ni contesté.

Mais une convention pareille ne peut se présumer; elle doit être expresse et formelle. On ne saurait surtout l'induire de l'acceptation du bulletin délivré par le voiturier. C'est là un principe général et absolu, applicable sans distinction à toute entreprise de transports.

Qu'il nous soit permis d'indiquer un dernier arrêt qui vient corroborer notre doctrine.

La Compagnie du chemin de fer du Nord avait fait

[1] *J. D. P.*, 2, 1847, 300.

imprimer, sur ses bulletins, qu'elle n'allouerait, en cas de perte, que 50 fr. pour un porte-manteau, et 150 fr. pour une malle. Un voyageur dont la malle avait été perdue en poursuivait judiciairement le payement pour sa valeur intégrale. On le repoussait en lui opposant le contrat qu'on prétendait faire résulter de la remise et de l'acceptation du bulletin, et subsidiairement de la loi de juillet 1793.

Par arrêt du 17 mars 1847, La Cour de Douai refuse au bulletin toute force obligatoire, parce que rien ne prouve que cette condition ait été connue du demandeur, et moins encore qu'elle ait été acceptée par lui ; que la Compagnie, obligée d'effectuer le transport de tous les effets qui lui sont remis, moyennant certaines conditions déterminées dans le cahier des charges pour la concession qu'elle a obtenue, ne pouvait imposer aux expéditeurs une condition qui limiterait ainsi sa responsabilité, en cas de perte, qu'autant qu'elle y serait formellement autorisée par une loi ; qu'une telle autorisation n'existe pas en sa faveur ; qu'elle se prévaut de l'article 62 de la loi du 24 juillet 1793, qui fixe à 150 fr. l'indemnité due au propriétaire d'un paquet perdu, mais que cette loi, faite pour la régie nationale des messageries, constituait un privilége qui ne peut être étendu à des entrepreneurs particuliers de transports.[1]

Vainement voudrait-on, pour récuser l'autorité de ce monument de jurisprudence, exciper de la position particulière des chemins de fer. Ce qui s'induit pour ceux-ci

[1] *J. D. P.*, 1, 1849, 362.

du cahier des charges résulte pour toutes autres entreprises du droit commun et notamment de la règle prohibant d'acquérir le droit de commettre impunément une faute ou de s'exonérer en tout ou en partie du devoir qu'on s'est volontairement imposé.

362. — L'avarie ou la perte soufferte en cours de voyage est présumée le résultat de la faute du voiturier. De telle sorte que son existence matérielle suffit pour conférer à l'expéditeur le droit d'en poursuivre et d'en obtenir la réparation.

Mais la présomption n'est pas *juris et de jure*. Elle comporte donc la preuve contraire. Son unique effet est de mettre à la charge du voiturier la nécessité d'établir cette preuve. C'est d'ailleurs ce que l'article 1784 du Code Napoléon consacre en termes formels.

Il est vrai que sa disposition n'est pas reproduite par l'article 103. Mais le législateur commercial n'a pu vouloir dispenser le voiturier de la charge que lui imposait le droit commun, et qui dans tous les cas résulterait de tous les principes.

En effet, le voiturier, excipant du cas fortuit ou de la force majeure, veut établir sa libération exclusivement subordonnée à l'existence de l'un ou de l'autre, il devient donc demandeur quant à son exception, et, comme tout demandeur, obligé de la justifier.

Or, cette preuve n'est utile qui si elle établit, non pas seulement le fait accidentel ayant déterminé l'avarie ou la perte, mais encore ses causes, mais surtout l'absence de toute faute, de toute négligence, de toute imprudence

de la part du voiturier. La force majeure n'existant réellement qu'à cette condition, le bénéfice de l'exception n'est et ne peut être acquis que lorsque cette dernière est justifiée et établie.

Ce n'est pas là exiger l'impossible. Car il est facile de prouver qu'un incendie a été occasionné par le feu du ciel; qu'un vol a été commis à mains armées et par la violence; qu'un pont s'est subitement écroulé sous la voiture, ou qu'une inondation est venue à l'improviste envahir la route ou l'auberge dans laquelle, conformément à l'usage, la voiture s'était arrêtée.

Ce n'est pas là non plus demander une preuve négative, car rien n'est plus affirmatif que l'un des faits que nous indiquons; et puisque d'ailleurs, dans tous les cas, le voiturier, comme l'observent MM. Delamarre et Lepoitvin, serait libéré de toute responsabilité par la preuve qu'il est parti en temps voulu, qu'il a chargé sa voiture selon les règlements, pris toutes les précautions exigées par la nature du chargement, pris et suivi constamment et diligemment la route qu'il devait prendre et suivre.[1]

363. — L'article 103 comble une lacune que présentaient l'article 1784 du Code Napoléon et l'article 98 du Code de commerce. Il affranchit le voiturier de toute responsabilité pour la perte ou l'avarie provenant du vice propre de la chose. A vrai dire, une exception de ce genre n'avait pas besoin d'être écrite, commandée qu'elle était par la raison et le droit. Que le voiturier

[1] T. 2, n° 75, *Sup.*, n° 35.

réponde de ses faits, de sa négligence, de sa faute, rien de plus naturel. Mais, lui imposer la responsabilité de la perte, de la détérioration dont la cause unique gisait dans la chose elle-même, que toutes les précautions, tous les soins ne pouvaient ni prévenir ni empêcher, c'est ce que l'équité et la justice ne pouvaient avouer. La disposition de l'article 103 se recommande à ce double point de vue et témoigne de la haute raison du législateur.

364. — Du principe que le voiturier ne peut et ne doit répondre que de son propre fait, résulte cette autre conséquence qu'il ne saurait être recherché à raison de l'avarie due au vice d'emballage. Le voiturier accepte les choses dans l'état où elles lui sont remises. Il est d'autant moins tenu d'en signaler les vices qu'il sera le plus souvent dans l'impossibilité de les connaître et de les apprécier. Il est donc nécessairement étranger aux conséquences fâcheuses que ces vices ont seuls déterminés. Nous avons déjà rappelé l'arrêt de la Cour de Bourges, du 24 janvier 1844, affranchissant le commissionnaire de toute responsabilité des avaries survenues aux objets transportés, notamment à des machines, s'il est établi que ces avaries proviennent d'un mode de chargement vicieux opéré par les ouvriers du fabricant expéditeur.[1]

Ce qui est vrai pour le commissionnaire ne saurait pas ne pas l'être pour le voiturier. Il est évident que si l'expéditeur avait lui-même opéré, ou fait opérer le charge-

[1] *J. D. P.*, 1, 1845, 706.

ment, le voiturier ne saurait répondre du mode vicieux qui aurait été adopté et de ses conséquences. Or, l'emballage n'est jamais son fait. Il ne peut donc naître de doutes sur l'absence de responsabilité à son endroit. Toute la difficulté en pareille occurrence consiste dans la justification du reproche que sa fréquence a rendu en quelque sorte banal.

C'est au tribunal investi à ordonner les mesures propres à éclairer sa religion, et à le fixer sur la cause de l'avarie. Si elle est réellement le résultat du vice d'emballage, il n'y a pas à hésiter. Le voiturier n'a encouru aucune responsabilité.

365. — Toutefois, ce résultat absolu est lui-même subordonné à la conduite du voiturier. Il peut se faire, en effet, que les conséquences du vice propre ou du défaut d'emballage aient été aggravées par la faute, l'imprudence ou la négligence du voiturier.

L'une ou l'autre acquise, celui-ci ne saurait trouver dans le vice propre ou le défaut d'emballage l'occasion de sortir indemne de toute réparation, il a assumé une partie de la responsabilité dont l'effet est abandonné à l'appréciation souveraine des juges. En pareille circonstance, les tribunaux sont appelés à faire la part de chacun, à déterminer la quotité de l'avarie imputable au voiturier, et l'indemnité à laquelle il doit être tenu.

366. — L'action en responsabilité appartient à tous ceux qui avaient intérêt à ce que la marchandise arrivât à sa destination dans le délai convenu et en parfait état

de conservation. A ce double titre on ne saurait la dénier au destinataire. A *fortiori* ne le pourrait-on pas si la chose livrable au domicile du vendeur a réellement voyagé aux risques et périls du destinataire, si elle a péri pour son compte, de telle sorte que, malgré le défaut d'arrivée, il devra en solder le prix.

Si par la nature du contrat ou par une convention expresse, la chose a dû voyager aux risques et périls de l'expéditeur, l'action que celui-ci exercerait contre le commissionnaire ou le voiturier, en cas de perte ou d'avarie, serait évidemment recevable et ne pourrait manquer d'être accueillie. Elle est même, dans cette hypothèse, la seule qu'il puisse intenter, puisque le destinataire ne devait devenir son débiteur que par l'arrivée en ses mains de la chose transportée. Il en serait de même incontestablement si les effets n'avaient été transmis qu'en consignation.

367. — Mais le droit de l'expéditeur se borne-t-il à l'une ou l'autre de ces hypothèses, de telle sorte que son action ne soit recevable que s'il établit préalablement ou que la chose voyageait à ses risques et périls, ou qu'elle n'était que consignée et qu'il n'avait pas ainsi cessé d'en avoir la propriété ?

On a soutenu l'affirmative. Il n'y a, a-t-on dit, que le propriétaire de la chose qui puisse la revendiquer ou en exiger le payement, ou se plaindre des détériorations que cette chose a pu subir. Donc, la propriété est la cause déterminante du droit, et celui qui prétend exercer celui-ci doit d'abord justifier de celle-là. Or, dans notre

matière, cette justification ne peut résulter que de la preuve de la manière dont le voyage devait s'exécuter. L'expéditeur doit établir qu'il devait l'être à ses périls et risques.

Mais, de ce que le destinataire serait obligé envers l'expéditeur, il n'en résulte pas forcément que celui-ci fût sans action contre le voiturier et le commissionnaire, si l'un et l'autre le sont également. L'expéditeur n'aura qu'un débiteur de plus, et où puiser le droit de le contraindre à s'adresser à celui-ci plutôt qu'à celui-là?

Tout dépend donc de savoir si le commissionnaire et le voiturier restent obligés envers l'expéditeur, quel que soit celui aux risques de qui doit s'effectuer le voyage. Or, cette question n'en est pas une en présence des termes formels de l'article 101. Sa disposition ne fait aucune distinction, elle est générale et absolue. La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier. Donc, dans tous les cas, l'expéditeur est partie au contrat, comment dès-lors lui contester la faculté de contrôler l'exécution que ce contrat a reçue, le droit de demander compte de son inexécution.

La Cour de Pau avait donc raison lorsque, dans son arrêt du 16 décembre 1814, elle décidait que l'action de l'expéditeur n'avait pas besoin de s'appuyer sur la preuve de la propriété des choses transportées, parce que, ayant traité directement avec le commissionnaire ou le voiturier, il était partie au contrat que crée la lettre de voiture, qu'on ne saurait dès-lors lui dénier le droit de contraindre l'exécution de ce contrat.

Ajoutons que l'exception de propriété que souleverait le commissionnaire ou le voiturier devrait être écartée pour défaut absolu d'intérêts. D'une part, en effet, l'action de l'expéditeur épuisera le droit du destinataire dont l'intervention ne saurait ni aggraver ni modifier leur position. De l'autre, ils sont recevables et fondés à opposer à l'expéditeur toutes les exceptions dont ils pourraient se prévaloir contre le destinataire; notamment la fin de non-recevoir édictée par l'article 105.

La réception de la marchandise et le payement du prix de la voiture qu'ils justifieraient avoir été fait par ce dernier créerait un obstacle invincible à l'action de l'expéditeur lui-même. Donc cette action ne leur cause aucun grief fondé, ils n'ont dès-lors aucun intérêt et par suite aucun droit à prétendre en subordonner la recevabilité à la preuve de la propriété de la chose réclamée.

368.—Nous venons de parler de la fin de non-recevoir que l'article 105 induit de la réception et du payement du prix de la voiture contre toute action ultérieure pour perte ou avarie. La nécessité de cette fin de non-recevoir se tirait de la nature des choses, une perte est un fait matériel toujours saisissable. Si, chargé de me remettre deux colis, vous ne m'en remettez qu'un, je suis immédiatement à même de supposer la perte et d'agir suivant que mon intérêt l'exige.

De son côté, l'avarie s'annoncera le plus souvent par des signes extérieurs et appparents. Dans tous les cas, l'ouverture et l'examen des balles ou ballots ne manque-

ra pas d'en déceler l'existence. Et c'est cette vérification à laquelle le destinataire doit et peut se livrer.

Mais le temps ou les moyens de l'opérer instantanément peuvent manquer. Fallait-il que le commerçant s'abstint de recevoir la marchandise au risqué des inconvénients que pouvait entraîner ce refus pour le voiturier lui-même? Le législateur, éclairé d'ailleurs par une pratique constante, ne l'a pas pensé ainsi. La fin de non-recevoir en faveur du voiturier n'est acquise que par la réunion de ces deux circonstances, la réception de la chose et le payement du prix de la voiture.

Le destinataire ne peut jamais être contraint de payer ce prix avant vérification. La prétention contraire du voiturier n'aurait d'autre effet que de le déterminer à refuser la réception elle-même, ce qui aboutirait tout au plus à l'application de l'article 106, c'est-à-dire à une constatation légale. Donc, s'il reçoit et paye la voiture, il est présumé reconnaître qu'il n'a aucun droit à faire valoir contre le voiturier, ou renoncer à celui qu'il pourrait exercer.

369. — La fin de non-recevoir de l'article 105 profite au commissionnaire chargeur, Car, s'il a lui-même exécuté le transport avecson matériel et par ses employés personnels, il s'est constitué le voiturier dans le sens de la loi.

Que s'il s'est borné au rôle d'intermédiaire entre l'expéditeur et le voiturier, la libération de celui-ci entraîne la sienne propre. En effet, il n'est responsable que sauf son recours contre le voiturier. Si ce recours est devenu

impossible par le fait exclusif du destinataire, on ne saurait ni lui contester ni lui dénier le droit de se prévaloir de l'article 2037 du Code Napoléon.

370.—Le bénéfice de l'article 105 suppose chez le voiturier qui l'invoque la plus entière bonne foi, la loyauté la plus parfaite. Que le destinataire soit puni de son excès de confiance, de sa trop grande légèreté, la crainte de créer un obstacle aux transports par une responsabilité trop prolongée a pu et dû le faire admettre.

Mais, si cet excès de confiance, cette légèreté n'a eu d'autre cause que les manœuvres déloyales du voiturier; si l'avarie n'est indiquée par aucun signe extérieur parce que le voiturier aura eu la précaution de les faire disparaître; si la qualité des choses a été changée ou altérée sans que rien ne pût le faire supposer, couvrir l'auteur de ces actes de la protection de l'article 105, ce serait le récompenser de l'adresse qu'il a mise à dissimuler la fraude et l'encourager à en pratiquer de semblables.

Une pareille immoralité n'a jamais pu entrer dans la pensée du législateur. Le droit commun considère et punit comme délit la substitution dans la nature des choses, l'altération des liquides. Pouvait-il être que le droit commercial, si éminemment fondé sur la bonne foi, acceptât comme indifférents des actes de cette nature et voulût en rendre l'impunité plus facile?

371. — La jurisprudence n'a pas hésité. Elle est unanime pour déclarer que l'article 105 ne saurait couvrir ni le dol ni la fraude. Pour juger de l'étendue

donnée à cette règle, on n'a qu'à consulter les divers exemples de son application.

Le 5 avril 1824, la Cour de cassation jugeait : que le commissionnaire voiturier qui, en dissimulant l'accident arrivé à la marchandise pendant le voyage, lorsque l'état extérieur de cette marchandise ne permettait pas de le soupçonner, s'est mis par cette réticence dans la position d'un commissionnaire voiturier négligent et frauduleux, est dès-lors non-recevable à opposer à l'action en garantie intentée contre lui, la fin de non-recevoir tirée de ce que les marchandises ont été reçues à leur arrivée et le prix du trannsport payé sans aucune protestation.

Cet arrêt est remarquable en ce qu'il fait résulter la fraude de la seule réticence ayant déterminé l'erreur qu'inspirait l'état extérieur et apparent des effets. On peut juger par-là de ce qu'il doit en être lorsque, au lieu du silence gardé sur l'accident, on se trouve en présence d'un fait positif commis dans le but unique d'en dissimuler les effets.

Ainsi la Cour de Bordeaux décidait, le 10 avril 1834, que la réception sans protestation des marchandises transportés, et le payement du prix de la voiture ne rendent pas le propriétaire irrecevable à agir contre le commissionnaire ou le voiturier, à raison du déficit ou des avaries de ces marchandises, alors que les moyens frauduleux employés par ce dernier n'ont permis de découvrir que postérieurement le dol pratiqué à son préjudice.

Enfin, la Cour d'Aix déclarait, le 23 juillet 1838, que

la réception des objets sans réclamation et le payement de la voiture ne sauraient élever une fin de non-recevoir lorsqu'il y a eu substitution intérieure d'une chose à une autre, par exemple, si au lieu d'un group en or, déclaré tel dans le connaissement, il n'a été remis qu'un group en cuivre.[1]

372. — Dans le cas de substitution d'une chose à une autre, l'application de l'article 105 pourrait être refusée, indépendamment du caractère frauduleux de l'acte, pour absence d'une des conditions exigées par cet article, la réception de la marchandise. Comment admettre celle-ci, lorqu'en fait la chose qui devait en faire l'objet n'est jamais parvenue à sa destination. Dans ce cas, disait la Cour d'Aix, la décharge donnée par le destinataire s'applique à l'objet réellement reçu et non à celui qui devait l'être et qui n'est réellement pas parvenu. Il n'y a donc pas réception.

C'est aussi ce que la Cour de Paris admettait lorsque, par arrêt du 18 décembre 1830, elle refusait d'appliquer a fin de non-recevoir de l'article 105 au cas où la marchandise n'avait pas été réellement rendue à destination; spécialement lorsque la marchandise, dont la remise a été opérée, se trouvait, par suite d'un échange opéré en route, n'être pas celle qui avait été expédiée.

Ces divers monuments de jurisprudence précisent nettement le véritable caractère de l'article 105. Il n'y a réception que lorsque la marchandise remise est bien

[1] *J. D. P.*, 1, 1839, 213.

celle qui avait été expédiée. Dans tous les cas, le dol et la fraude conservent leur caractère essentiel. Ils font exception à la règle de l'article 105, comme à toutes les autres règles. La preuve de leur existence, que doit fournir celui qui l'allègue, replacerait le voiturier sous l'empire de la responsabilité à laquelle l'article 105 a voulu le soustraire dans les conditions qu'il établit.

373. — La spécialité de l'article 105, au voiturier, résulte expressément de ses termes. Cependant et malgré leur netteté, son application est devenue la matière de difficultés. On a prétendu notamment que la réception des marchandises et le payement du prix de la voiture enlevait toute action au destinataire contre l'expéditeur, soit propriétaire, soit commissionnaire, chargé d'acheter et de transmettre.

374. — A ce sujet, il y a une distinction importante à faire. Si l'action du destinataire contre l'expéditeur, quel qu'il fût, était relative à une perte ou à une avarie en cours de voyage, l'action serait irrecevable. En supposant que l'expéditeur ne pût invoquer l'article 105, on ne saurait l'empêcher de se prévaloir de l'article 2037 du Code Napoléon et l'on aboutirait à un résultat identique ; l'extinction de l'obligation principale entraînerait celle de l'obligation accessoire de garantie.

Mais le voiturier est absolument étranger aux difficultés que peuvent faire naître l'infériorité de la qualité, la non-conformité de la marchandise expédiée avec celle qui était demandée. Dès qu'il a rendu identiquement

celle qui lui avait été remise, le payement du prix de la voiture devient, pour le réceptionnaire, une obligation et un devoir ne comportant aucun retard. Il serait donc impossible de puiser dans son accomplissement une fin de non-recevoir contre les justes réclamations qu'il aurait à exercer contre l'expéditeur, soit pour défaut de qualité, soit parce que la marchandise envoyée ne serait ni loyale ni marchande. Son action à ce sujet, ainsi que nous le verrons sous l'article suivant, ne cesse pas d'être recevable, tant qu'il ne s'est pas placé dans l'impossibilité de justifier de l'identité des marchandises.

C'est ce que la Cour d'Aix décidait formellement, le 15 juillet 1825, en jugeant qu'un commerçant qui, après avoir donné une commission, a reçu la marchandise et payé le voiturier sans protestation, est recevable, même trois mois après la réception, à attaquer son expéditeur, pour l'obliger à reprendre la marchandise, lorsque celle-ci n'est pas conforme à ses ordres. C'est ce que de nombreux arrêts ont également consacré depuis.

375. — Les articles 435 et 436 du Code de commerce édictent certaines fins de non-recevoir, dont ils règlent les conditions et les effets. Mais ces fins de non-recevoir ne concernent que le capitaine et les assureurs pour dommages aux marchandises chargées et assurées ; l'affréteur à qui on réclamerait une part dans l'avarie ; le navire abordeur. Elles sont donc complétement et absolument étrangères aux commissionnaires de roulage et aux voituriers qui n'ont jamais ni à les invoquer ni à les subir.

376. — Comme corollaire de ses obligations, le voiturier a des droits à exercer. Le premier et le plus incontestable de tous est celui d'être payé du prix du transport représentant pour lui la récompense du travail et le profit qu'il est en droit de réaliser. Ce qui lui est dû, c'est la somme déterminée par la lettre de voiture, sans autre réduction possible que la retenue stipulée pour le cas de retard ; ce sont les frais exposés pour les nécessités du voyage et ceux faits pour l'entretien de la chose en bon état de conservation. Le payement lui en est garanti par le droit de retenir les effets transportés, dont il ne peut être contraint de se dessaisir que contre remboursement intégral ; par l'action en justice contre le destinataire ou l'expéditeur propriétaire ou commissionnaire.

Aucune difficulté d'aucun genre ne peut être prévue lorsque le voyage s'étant accompli, la marchandise est arrivée à sa destination. Tout ce qui pourrait arriver, c'est que le destinataire refusât de recevoir et ne pût ainsi être contraint de payer le prix du transport. Mais le voiturier aurait son recours contre l'expéditeur, et la marchandise, consignée dans un dépôt public, n'en resterait pas moins affectée par privilége à sa créance, ainsi que nous le verrons sous l'article 106.

377. — Une difficulté quelconque, soit sur le droit en lui-même, soit sur son étendue, ne peut être supposée que dans le cas d'une rupture du voyage, qui en empêchera ou qui en interrompra l'exécution. Or, l'effet de cette rupture, quant à ce qui peut être dû au voiturier, variera nécessairement suivant que la rupture sera son

propre fait ou celui de l'expéditeur, et, dans l'un et l'autre cas, selon les causes qui l'auront déterminée.

La nécessité de résilier le contrat, imputable au voiturier, si elle est purement volontaire, ne saurait, à quelque époque qu'elle se réalise, lui profiter en aucune manière. Loin de créer un droit quelconque en sa faveur, elle deviendrait contre lui l'origine d'une obligation, celle d'indemniser l'expéditeur du préjudice que la rupture du contrat serait dans le cas de lui occasionner.

Mais l'inexécution de la part du voiturier peut n'être que le résultat d'une force majeure à laquelle il n'a pu se soustraire, et dont il ne saurait par conséquent répondre. Si la résiliation du contrat à laquelle cette force majeure donne lieu se réalise avant toute exécution, il ne lui est rien dû, quels que soient les préparatifs qu'il ait fait, mais il ne doit rien non plus; si après exécution commencée, le voiturier doit être payé à proportion du trajet parcouru, quoique délié de toute obligation pour le restant du trajet.

378. — Si le voyage est rompu par le fait de l'expéditeur, il y a à faire les mêmes distinctions. Si cette rupture est déterminée par un pur changement de volonté, le voiturier doit être indemnisé de tout ce qu'il peut avoir dépensé en vue du voyage, du temps qu'il consacrera à se procurer un autre chargement et des frais qui en seront la conséquence. Le prix entier lui serait dû si ce changement de volonté n'avait lieu qu'après l'exécution commencée.

Si l'expéditeur ne fait que céder lui-même à une force

majeure, par exemple si la chose qui devait être transportée a péri par cas fortuit, si la sortie en a été prohibée par une loi. L'obliger dans ce cas à une indemnité quelconque, ce serait méconnaître l'effet de la force majeure, qui ne peut jamais ni nuire ni profiter à personne.

Donc, l'impossibilité pour l'expéditeur de disposer de la chose du transport de laquelle il avait traité amène la résiliation du contrat sans dommages-intérêts, mais à la condition que cette impossibilité ne lui sera pas imputable. Si par exemple elle ne provenait que de ce qu'il n'a pas payé le droit de mouvement dont la marchandise était frappée, le voiturier aurait le droit de se faire indemniser non-seulement du temps perdu à l'attendre, mais encore du préjudice que lui fait éprouver la rupture du voyage.[1]

L'impossibilité de se procurer la chose peut ne se réaliser qu'après que le contrat a reçu une sorte d'exécution ; dans l'hypothèse suivante, par exemple : je traite avec un voiturier pour qu'il se rende dans une localité convenue et y charge une marchandise qui y est à ma disposition. Le voiturier part en effet, mais, arrivé au lieu où il doit charger, la marchandise ne peut lui être remise, soit qu'elle ait péri par cas fortuit, soit que la sortie en ait été prohibée.

M. Pardessus, qui nous fournit cet exemple, enseigne que, dans ce cas, le voiturier doit recevoir le prix de transport convenu.[2] Il serait difficile de le décider autre-

[1] Troplong, *du Louage*, n° 912.
[2] N° 550.

ment, puisqu'en réalité le voiturier qui a exécuté le voyage d'aller devra exécuter également le retour; qu'il a dès-lors donné au contrat toute l'exécution dont il était susceptible, et que ce n'est pas sa faute si le voyage de retour ne s'est pas opéré en état de chargement.

Cependant, nous croyons que l'opinion de M. Pardessus ne doit être acceptée dans un sens absolu que pour le voyage d'aller. Quant au retour, l'obligation de l'expéditeur est nécessairement subordonnée aux circonstances.

Il ne devrait rien si le voiturier, parvenu au lieu où il devait charger, y a contracté un nouvel engagement et accepté un chargement pour une autre destination. Il ne devrait rien également si le nouveau chargement était à la destination du lieu où le retour devait s'effectuer. Il est évident que le voiturier ne pourrait raisonnablement prétendre cumuler le bénéfice des deux opérations. Ce serait, qu'on nous passe l'expression, vouloir tirer d'un sac deux moutures.

Le seul avantage qui lui serait acquis, serait la différence en plus qu'il pourrait retirer pour le chargement de retour, si le prix de celui-ci était plus élevé que celui convenu avec le premier expéditeur. Il est évident que s'il devait tenir compte à celui-ci de la différence et être ainsi réduit à ne recevoir que le prix précédemment réglé, comme ce prix lui était dû par le seul fait du retour, il n'hésiterait pas à exécuter celui-ci à vide, et qu'ainsi, en voulant protéger l'intérêt de l'expéditeur, on s'exposerait à le méconnaître et à le blesser.

Aussi, n'hésitons-nous pas à croire que, non-seulement

le voiturier ne doit aucun compte de la différence en plus, mais encore qu'on doit lui faire raison de la différence en moins sur le chargement de retour. Sans doute nous arrivons à ce résultat que le voiturier courra la chance de gagner et ne pourra jamais perdre. Mais de quoi se plaindrait l'expéditeur originaire. C'est à lui et à lui seul que profitera le second chargement, puisque son produit sera imputé en tant moins sur ce qu'il aurait à payer lui-même. Or, sa libération, quoique partielle, ne lui en sera pas moins avantageuse, et il en perdrait incontestablement le bénéfice dans le système que nous repoussons. Le voiturier placé dans la nécessité de revenir à vide, ou de subir une perte en acceptant un nouveau chargement, hésiterait-il à prendre le premier parti? Et qui en serait lésé, sinon l'expéditeur lui-même.

379. — L'événement constituant la force majeure peut s'être produit sans frapper sur l'une ou l'autre des parties. Une déclaration de guerre, une interdiction du commerce, la saisie des marchandises, etc.

Cette force majeure, que M. Troplong appelle neutre, si elle éclate avant le voyage, a pour effet la résiliation pure et simple du contrat, sans dommages-intérêts, en faveur ou contre les parties. Chacune d'elles supporte personnellement les dépenses et frais exposés en vue d'une exécution désormais impossible.

380. — Si l'événement a lieu depuis que le voyage a été entrepris, son effet est d'autoriser le voiturier à rompre le voyage. Il peut, en conséquence, soit retourner

la marchandise au lieu d'où il est parti, soit la décharger dans l'entrepôt le plus voisin du lieu de la destination. Dans l'un et l'autre cas, il a le droit d'exiger le prix intégral convenu.

Si la force majeure ne constitue qu'un obstacle relativement à la route à parcourir, le voiturier pourra continuer son voyage par une autre voie, ou bien attendre que l'obstacle soit levé et continuer ensuite sa route.

Dans le premier cas, il lui est dû, outre le prix convenu, une indemnité pour l'accroissement de dépenses occasionné par l'obligation de faire un plus long trajet. Il lui serait en outre accordé une prolongation proportionelle du délai auquel on avait restreint la durée du voyage.

Dans le second, le retard provenant de l'attente de la levée de l'obstacle est aux risques des parties, chacune pour ce qui la concerne. Le voiturier n'a aucune indemnité à réclamer; d'autre part, le destinataire n'en obtiendrait aucune pour ce retard, pas même la retenue stipulée dans la lettre de voiture. Il ne pourrait opérer celle-ci que si, sans compter le temps perdu par force majeure, le voiturier était encore en retard de livrer au temps voulu.

La conduite à tenir par le voiturier, dans les circonstances que nous indiquons, n'est pas laissée à sa libre et entière discrétion. Tout en obéissant à son intérêt, il doit veiller à celui de l'expéditeur que, comme mandataire, il doit essentiellement protéger ; auquel il doit consacrer les mêmes soins qu'il mettrait à ses propres affaires.

C'est en les conciliant l'un et l'autre que le voiturier doit résoudre la question de savoir si le voyage doit être rompu ou continué, soit en prenant une autre route, soit en attendant la levée de l'obstacle ; et, en cas de rupture, si la marchandise doit être retournée au lieu du départ ou déchargée à l'entrepôt le plus voisin du lieu de la destination. Dans l'appréciation que les tribunaux seraient appelés à faire de sa conduite, l'absence de tout autre motif que son intérêt personnel, l'évidence des considérations qui conseillaient la conduite contraire, pourraient plus ou moins gravement modifier les résultats que nous venons d'indiquer.

381. — Le droit du voiturier, quant au prix du transport et légitimes accessoires, garanti par le droit de rétention, semblait pouvoir se passer d'autres garanties. Mais l'exercice de ce droit, nous l'avons dit, n'est ni dans les usages, ni dans les possibilités du commerce ; non pas seulement par ce qu'il aurait de rigoureux en lui-même, mais encore parce qu'il serait inconciliable avec les exigences que la loi elle-même consacre. Ainsi, notre article 105 fait un devoir de ne payer le voiturier qu'après vérification. Celle-ci suppose la remise préalable, car elle n'est praticable et possible qu'au domicile même du destinataire. Comment donc échapper à la fin de non-recevoir si la remise ne pouvait être obtenue que par le payement de la voiture.

Donc, s'en tenir rigoureusement au droit de rétention, contraindre le voiturier à l'exercer, sous peine de courir la chance de n'être pas payé de ses droits et frais, c'était

méconnaître la nature des choses, sacrifier l'intérêt du commerce, créer, dans tous les cas, de nombreuses et graves difficultés. Aussi, le législateur n'a-t-il pas hésité. Le droit de rétention perdu, reste pour le voiturier celui d'être payé par privilége et préférence sur le prix de la chose transportée. C'est ce que consacre expressément l'article 2102 du Code Napoléon.

382. — Le motif qui a présidé à la concession du privilége et qui l'a déterminé précise l'étendue et le caractère de celui-ci. Il doit, de plus, faire résoudre la difficulté tendant à en subordonner le profit à la détention actuelle de la chose qui en est affectée.

Le privilége du voiturier, a-t-on dit, est celui du créancier gagiste. Or, ce dernier n'a aucun droit de suite sur le gage; s'il s'en dépouille, son privilége est à jamais éteint. Comment pourrait-il en être autrement pour le voiturier?

Dans ce système, l'article 2102 du Code Napoléon n'aurait consacré qu'un droit qui ne pourrait jamais être d'aucune utilité. Si la détention actuelle en était la condition *sine qua non*, le droit de rétention ne serait pas perdu, et ce droit est une protection assez efficace pour que le voiturier pût se passer de toute autre garantie.

Mais si le privilége n'a été précisément accordé que pour suppléer à la perte du droit de rétention dont l'exercice eût été préjudiciable au commerce, il est évident que, vouloir en subordonner le profit à la possession de la chose, c'est méconnaître l'intention du législateur et atteindre, par une autre voie, le résultat qu'il a voulu

éviter, enfin, refuser le privilége dans le seul cas où il pourrait être invoqué.

383. — Aussi, et dès le 2 août 1809, la Cour de Paris se prononçait-elle pour le privilége, malgré le dessaisissement de la chose, et cette doctrine est celle que, depuis, ont enseignée les jurisconsultes, les Pardessus, les Troplong notamment.[1]

Il est maintenant hors de doute, disait le tribunal de commerce de Clamecy, que le privilége du voiturier n'a pas seulement le caractère d'un simple droit de gage, qui s'éteint par la remise de la chose; et, suivant les commentateurs les moins favorables au privilége, les dispositions de la loi sainement interprêtée laissent au privilége une durée plus ou moins longue, même après le dessaisissement du voiturier, suivant la nature des objets transportés, et les opérations accessoires du transport. Dans le silence de la loi sur cette durée, rien n'autorise à repousser l'exercice du privilége, tant que l'identité de la chose voiturée est certaine, et tant qu'elle est en la possession de la personne pour laquelle le transport a été opéré; s'il n'existe d'autres circonstances d'où l'on puisse conclure qu'il y a eu de la part du voiturier renonciation à son privilége.

Le privilége du voiturier survit donc à la remise de la chose, pendant combien de temps? La loi ne s'en explique pas; mais MM. Pardessus et Troplong estiment que

[1] *Droit com.*, n° 1205; *Priv. et Hyp.*, n° 207; *Add*e Duranton, tom. 19, n° 134.

le voiturier doit agir dans un bref délai qui se détermine, eu égard à la nature des choses voiturées. A cette première condition, ils ajoutent celle non-seulement de l'existence de ces choses aux mains du destinataire, mais encore dans un état tel qu'il ne puisse exister aucun doute sur leur identité.

384. — Cette dernière condition restreint le privilége d'une telle manière, qu'elle en anéantira le bénéfice dans plusieurs circonstances. L'identité de tonneaux, de barriques, de balles de laines ou de coton, destinés à être conservés avec leur enveloppe extérieure, leurs marques et leurs numéros, pourra être établie un certain temps après leur réception dans les magasins du destinataire, dans ceux du consignataire surtout. Mais comment établir cette identité pour les marchandises qui ne sont reçues que pour être déballées et confondues dans les rayons avec d'autres marchandises de même nature. On comprend cependant qu'on ne pouvait se départir de cette condition, dans l'intérêt des créanciers que l'exercice du privilége est dans le cas de léser. C'est au voiturier à agir assez utilement pour conjurer le danger qui le menace et à user du droit que lui donne la loi d'exiger son payement dès que le réceptionnaire a eu le temps de vérifier l'état des choses qu'il reçoit.

385. — La preuve de l'identité est impossible, si la chose transportée est sortie des mains du destinataire. Donc la vente que celui-ci en aurait faite à un tiers anéantirait le privilége du voiturier.

Mais, entre le vendeur et l'acheteur, la vente est parfaite par le seul accord sur la chose et sur le prix. La tradition réelle et effective n'ajouterait rien à leurs droits et obligations respectifs. Son défaut reste sans influence sur le contrat. C'est ainsi qu'on peut vendre et qu'on vend chaque jour sur lettre de voiture ou connaissement.

Au regard du voiturier et relativement à son privilége, il n'y a vente entraînant la perte de celui-ci que par la transmission réelle et effective de la chose. Tant que cette transmission n'a pas eu lieu, tant que la chose est en la possession de son débiteur, le voiturier n'a pas à se préoccuper du caractère de cette possession. Son droit n'ayant subi aucune contradiction apparente, n'a pu être purgé.

Cette règle est importante, surtout pour les choses qui, ne pouvant être livrées de la main à la main, ne sont susceptibles que de tradition virtuelle. C'est sur une espèce de ce genre que le tribunal de commerce de Clamecy avait à statuer.

Un commerçant avait vendu à un autre une certaine quantité de bois reposés sur le port. L'acheteur, sans les déplacer, les avait frappés de son estampille.

Plus tard, et au moment où il voulut en opérer le déplacement, les bois furent saisis par le voiturier qui les avait transportés, pour avoir payement du prix de la voiture. L'acheteur poursuit la nullité de la saisie. Il soutient que le droit du voiturier sur la chose n'avait pu survivre à la remise de celle-ci ; que, d'ailleurs, cette chose ayant été vendue et le prix payé, toute action, et surtout tout privilége devait lui être refusé.

Nous avons vu la réponse au moyen tiré du dessaisissement. Celui puisé dans la vente est écarté, parce que si, en principe, le privilége ne peut plus s'exercer lorsque la chose est passée en mains tierces, on ne peut le décider ainsi lorsque, bien que vendue et frappée de la marque de l'acheteur, la chose voiturée est restée sur un port, entrepôt commun où elle était déposée, tant en faveur du voiturier pour l'exercice de son privilége, que du propriétaire pour la mise en vente; que, dans ce cas, on ne saurait dire que la chose n'est plus en la possession du voiturier, et il peut, tant qu'il n'y a pas déplacement et enlèvement, réclamer son privilége.

Ce jugement fut déféré à la Cour de cassation, pour excès de pouvoir et violation de l'article 2102 du Code Napoléon. Mais, par arrêt du 13 avril 1840, le pourvoi est rejeté. Sans doute, dit la Cour suprême, la vente était parfaite entre les vendeurs et les acheteurs, mais le bois vendu n'était pas déplacé; il était encore sur le port, c'est-à-dire dans l'entrepôt commun, et par conséquent soumis encore au privilége accordé aux frais du transport, privilége qui ne pouvait être perdu que par le déplacement et l'enlèvement des bois.[1]

Il y a donc, en faveur du voiturier, dérogation au droit commun sur le caractère et les effets légaux de la vente; celle-ci, pour ce qui le concerne, n'est parfaite que par la tradition réelle et effective qui, faisant sortir la chose des mains du vendeur, en confère la possession matérielle à l'acheteur. Cette dérogation s'explique par la fa-

[1] *J. D. P.*, 1, 1840, 597.

veur que l'importance de l'industrie des transports méritait à si juste titre. M. Troplong rappelle avec raison cet axiome d'un célèbre publiciste italien : Le commerce n'est réellement que le transport de la marchandise d'un lieu à un autre.[1] Une institution aussi précieuse était digne de tout ce qui tend à l'encourager, à en assurer le développement.

386. — Quant à la durée du délai dans lequel le voiturier doit réclamer, la loi ne s'en est pas occupée, ne pouvait s'en occuper. Sa détermination résultait forcément de l'obligation d'établir l'identité de la chose. A quelque époque que cette obligation soit remplie, il est évident qu'aucun motif plausible ne pouvait faire refuser le privilége. Le debiteur pourrait d'autant moins s'en plaindre qu'il lui était facultatif, soit de rendre la preuve impossible en confondant la chose transportée dans son actif ou en l'aliénant. La nécessité d'agir dans un bref délai est donc bien plutôt un conseil de prudence qu'une véritable obligation.

387. — Dans l'espèce jugée par le tribunal de Clamecy, et devant la Cour suprême, le demandeur en cassation soutenait qu'on ne devait accorder au voiturier que le délai de quinzaine accordé par l'article 307 du Code de commerce. Lorsqu'on voit, disait le demandeur en cassation, que le capitaine d'un navire n'est préféré, pour son frêt, sur les marchandises de son chargement,

[1] *Du Louage*, n° 896.

que pendant quinze jours après leur délivrance, si elles n'ont passé en main tierces, il devient manifeste que le législateur n'a pu avoir l'intention de traiter le voiturier avec plus de faveur.

Cette objection ne pouvait être accueillie, d'abord parce que le transport par terre et par eau, que le titre actuel réglemente, n'a rien de commun avec la grande navigation qui est régie par des dispositions spéciales. Cette division dans une matière offrant tant et de si grandes analogies, indique nettement l'intention du législateur de laisser chacune de ces industries exclusivement soumises aux prescriptions la concernant. Il n'est donc pas possible de conclure de l'une à l'autre, ni d'appliquer à celle-ci les régles édictées pour celle-là.

Cette conséquence s'induit encore des principes. Les déchéances sont de droit étroit. La justice ne peut accueillir que celles qui sont expressément établies par la loi. Il suffirait donc de l'absence, quant au voiturier, d'une disposition analogue à celle de l'article 307 pour le capitaine, pour que la déchéance encourue par ce dernier, faute d'agir dans la quinzaine de la délivrance, ne pût être appliquée au premier. Evidemment, si le législateur avait voulu qu'il en fût autrement, il se fût expliqué pour le voiturier comme il s'est expliqué pour le capitaine.

Cette inapplicabilité de l'article 307, au voiturier, n'est pas, à notre avis, une faveur pour lui. Ainsi, le capitaine pourra réclamer au moins pendant quinze jours. La seule condition mise à l'exercice de son privilége étant que les effets transportés et remis n'aient pas passés en

mains tierces, il suffira que les effets se trouvent en la possession du réceptionnaire. Quelque confondus qu'ils soient avec les autres marchandises, le privilége réclamé dans la quinzaine n'en sortira pas moins à effet. C'est ce qui n'arrivera pas toujours pour le voiturier, car la preuve de l'identité qu'on exige de lui sera bien souvent devenue impossible avant l'expiration de la quinzaine.

En fût-il autrement, d'ailleurs, et fallût-il considérer l'inapplicabilité de l'article 307 comme une faveur pour le voiturier, qu'on se rendrait facilement raison de la conduite du législateur. Le navire déchargeant dans un port y séjournera forcément pendant un temps plus ou moins long. La présence du capitaine sur le lieu le mettant en position d'agir, on pouvait naturellement lui imposer l'obligation de le faire dans un délai déterminé.

Le voiturier, au contraire, aura des marchandises à décharger dans vingt localités différentes, et il n'a pour atteindre la destination la plus éloignée qu'un temps limité par la lettre de voiture. Il ne pourra donc séjourner à chaque station, attendre la solution des difficultés que peut soulever la réception des marchandises, garder pendant ce temps sa charrette sous remise, ses chevaux à l'écurie. Arrivé le soir, il sera obligé de repartir le lendemain de bon matin. En cet état, l'obliger sous peine de déchéance d'agir dans un délai quelconque, c'était méconnaître les exigences de sa position, et sacrifier tous ses intérêts. A ce point de vue, on pourrait même considérer comme exorbitante la condition su-

bordonnant les effets du privilége à la preuve de l'identité.

388. — Ainsi l'action du voiturier ne saurait rencontrer d'autre fin de non-recevoir que celle résultant de l'inaccomplissement de cette condition. L'identité prouvée, son privilége est incontestable, à quelque époque qu'il soit réclamé, à moins qu'il n'y ait renoncé.

Cette renonciation est, quant à son existence, abandonnée à l'appréciation ; elle serait incontestablement acquise si le voiturier réglant avec le destinataire avait accepté l'obligation de celui-ci et livré en échange la lettre de voiture ; comme tout autre créancier, il aurait suivi la foi de son débiteur et ne pourrait avoir d'autres droits que ceux que le titre nouveau lui conférerait.

389. — Quelle est l'etendue du privilége dans l'hypothèse d'un transport ayant exigé plusieurs voyages. Grève-t-il la chose voiturée en dernier lieu pour tout ce qui est dû pour les précédents voyages ?

La spécialité du privilége doit, dans l'opinion de M. Troplong, faire résoudre négativement cette question. L'article 2102, enseigne-t-il, ne parle uniquement que des frais de la voiture qui a amené la chose sur laquelle le privilége est demandé. Etendre à cette chose la créance due pour voyages précédents, serait transporter le privilége d'un objet sur un autre et méconnaître la spécialité du privilége du voiturier.[1]

[1] *Priv. et Hyp.*, n° 207 *bis*.

390. — A l'appui de l'opinion contraire, on s'est prévalu de l'indivisibilité du privilége qui doit s'exercer pour la totalité sur chacune des parties de la chose qui en est affectée. Mais cette objection n'aurait de valeur que si, *a priori*, il était certain et démontré que ce qui a été précédemment voituré est encore affecté au privilége. Ce n'est, en effet, qu'alors qu'en vertu de son indivisibilité le privilége s'exercera sur chaque partie, de la même manière qu'il s'exercerait sur l'ensemble.

Que si, au contraire, les choses précédemment voiturées ne sont pas grevées du privilége ou ne le sont plus, par exemple, si elles avaient passé en mains tierces, accorder ce privilége pour ce qu'elles doivent sur celles qui existent encore, parce qu'elles ont été voiturées les dernières, ne serait-ce pas faire revivre un droit éteint.

L'argument tiré de l'indivisibilité du privilége, loin de résoudre la question, la suppose résolue. Avant de s'occuper du privilége, il faut en justifier l'existence, sans laquelle aucun effet ne saurait se produire. Or, cette existence, quant aux choses précédemment voiturées, est plus que problématique, au point de vue de la spécialité du privilége surtout, dont les conséquences justifient précisément la doctrine enseignée par M. Troplong.

391. — Contre cette doctrine on pourra invoquer un arrêt de la Cour de cassation, du 28 juillet 1819. Dans un espèce où il s'agissait de plusieurs flottages de bois successivement exécutés, la Cour de Bourges avait accordé le privilége sur les bois encore existants pour tout ce qui était dû pour les précédents voyages, en se

fondant sur l'indivisibilité du privilége. C'est le pourvoi contre cet arrêt que la Cour suprême rejetait.

Mais ce rejet n'implique nullement l'approbation des principes de droit invoqués par l'arrêt de Bourges, et que la Cour de cassation ne discute et n'examine même pas. Elle se décide uniquement par cette circonstance de fait qu'aucun débat ne s'était élevé entre les parties sur la question de savoir à quel flot appartenait la partie de bois qui formait l'objet de la contestation.

Donc, s'il avait été établi que cette partie appartenait réellement et exclusivement au dernier flot, il est permis de croire que la Cour régulatrice aurait refusé le privilége pour ce qui était dû des flots précédents. Dès-lors, sa décision ne constitue qu'un arrêt d'espèce n'établissant aucun précédent sur la question de droit en elle-même.

Peut-être que l'incertitude signalée eût dû amener le résultat contraire. Le voiturier réclamant le privilége est tenu de justifier son droit et de prouver que la chose sur laquelle il prétend l'exercer en est réellement affectée. Quoi qu'il en soit, il est évident que si la preuve contraire était faite contre lui, tout privilége devrait lui être refusé pour ce qui pourrait lui être dû pour des précédents transports.

392. — Cette règle, dans l'opinion de MM. Goujet et Merger, peut être modifiée suivant les circonstances. Ils estiment qu'elle doit être rigoureusement appliquée, si les choses transportées ont fait l'objet d'autant de contrats qu'il y a eu de transports. Mais qu'il doit en être autrement quand il s'agit d'un transport en bloc d'objets

déterminés, lequel ne peut s'effectuer qu'au moyen de plusieurs voyages partiels et réitérés. Dans ce cas, disent-ils, il n'y a qu'un seul contrat, qu'un seul prix, et chaque partie des objets transportés est affectée par privilége à la sûreté du payement de la totalité du prix. Le voiturier peut donc réclamer, lors de la livraison des derniers objets transportés, le payement de ce qui lui est dû pour tous les précédents voyages.[1]

393. — Nous admettons le principe enseigné par ces honorables jurisconsultes, mais non l'application qu'ils croient devoir en faire à l'hypothèse qu'ils indiquent. Cette application convertirait bientôt l'exception en principe et ferait du principe l'exception.

L'unité du contrat ne saurait changer la nature des opérations à raison desquelles il intervient, elle ne saurait leur faire perdre ce caractère indépendant l'une de l'autre dont elles seraient frappées en réalité. Dans une affaire sur laquelle nous avons été consulté à raison de quelques difficultés d'exécution, des fabricants d'huile de graines avaient traité avec un voiturier pour le transport en fabrique de toutes les graines arrivant dans un lieu déterminé, et cela pour toute la durée de la société, moyennant un prix fixe, ne devant jamais varier.

Il y avait là contrat unique, chose déterminée, unité de prix. Mais aurait-on hésité ou dû hésiter à refuser le privilége, si le voiturier, négligeant de se faire payer au fur et à mesure des divers transports, était venu, après

[1] D[re], v° *Voiturier*, n° 73.

plusieurs années, réclamer, sur la chose voiturée en dernier lieu, privilége pour tout ce qui lui était dû jusque-là? Evidemment, le contrat, quoique unique, se réfère à une multitude d'opérations distinctes, susceptibles d'être réglées à part, et par cela même devant l'être, sons peine de la perte du privilége. Le danger d'une solution contraire est trop évident. Une collusion entre le voiturier et le destinataire viendrait absorber tout l'actif actuellement existant, au grand préjudice, à l'immense détriment des créanciers de celui-ci.

Sans doute l'unité de prix est appelé à exercer une influence majeure sur la solution de notre question. Mais cette unité n'existera pas en réalité, si le prix convenu se réfère au poids, et c'est ce qui se pratique presque exclusivement. Alors, en effet, c'est la fraction de 100 kilogrammes, et non la chose en bloc, qui détermine le prix, et ce prix est acquis et par conséquent exigible à chaque voyage, autant de fois qu'il y a eu de 100 kilogrammes transportés.

D'ailleurs, la possession aux mains du destinataire de la chose transportée est la condition essentielle pour l'exercice du privilége du voiturier. Evidemment, si les effets derniers transportés étaient passés en mains tierces, le privilége ne pourrait être ni réclamé ni accordé. Or, comment l'existence de ceux-ci ferait-elle revivre le privilége sur les choses précédemment voiturées, si en fait elles ont été aliénées et sont sorties de la possession des réceptionnaires? Cette aliénation partielle étant toujours possible dans l'hypothèse dont s'occupe MM. Goujet et Merger, le privilége ne pourrait être accordé que si

l'aliénation ne s'étant pas réalisée le voiturier prouvait l'identité, ainsi qu'il y est obligé.

394.—Nous n'admettrions donc la modification au principe enseigné par M. Troplong que dans l'une des hypothèses suivantes : ou les choses à transporter ne seront complétées que par la partie livrée en dernier lieu, par exemple, une machine dont les différentes pièces exigeront plusieurs voyages successifs, ou le prix aura été établi pour l'ensemble et sans fractionnement ; par exemple, vous vous chargez, moyennant mille francs, du transport d'une marchandise désignée, à prendre dans un lieu déterminé.

Dans le premier cas, le réceptionnaire n'aura la disposition utile de la chose qu'après la réception de toutes ses parties, il y aura là plusieurs voyages, mais une seule et même chose qui ne se compose pas plus des parties premières reçues que des dernières arrivées prises isolement. L'indivisibilité de la chose établit celle du privilége qui frappera l'ensemble par cela seul qu'il affecte une de ses parties.

Dans ce cas comme dans le second, le prix du transport ne sera acquis et exigible qu'après la réception de la machine, ou de la marchandise dans son intégralité. Il ne serait donc ni équitable, ni rationnel, ni loyal de rendre le voiturier victime de l'impuissance d'agir dans laquelle le plaçait le contrat. Il ne saurait être puni pour n'avoir pas fait ce qu'il n'avait pas même le droit de faire.

En dehors de ces deux hypothèses, il y a autant de choses distinctes qu'il y a de voyages différents. Le voi-

turier, qui a le droit d'être payé à proportion du poids qu'il a transporté, doit exiger son payement toutes les fois qu'il livre un poids quelconque ; s'il n'églige de le faire, il s'expose à perdre son privilége, soit par l'impuissance d'établir l'identité de la chose, soit par l'aliénation que le destinataire en aura faite.

ART. 106.

En cas de refus ou contestation pour la réception des objets transportés, leur état est vérifié et constaté par des experts nommés par le président du Tribunal de commerce, ou, à son défaut, par le juge de paix, et par ordonnance au pied d'une requête.

Le dépôt ou séquestre, et ensuite le transport dans un dépôt public, peut en être ordonné.

La vente peut en être ordonnée en faveur du voiturier, jusqu'à concurrence du prix de la voiture.

SOMMAIRE.

395. Objet de l'article 106. Importance de son observation pour le voiturier.
396. Mode de procéder tracé par la loi. Procédure.
397. Qui peut et doit présenter la requête en nomination des experts.
398. Absence de détermination d'un délai? Conséquences.
399. La réception de la marchandise ne crée aucun obstacle à l'application de l'article 106.

395. — L'hypothèse d'un refus de la part du destinataire, celle d'une contestation au sujet de la réception se présentait si naturellement à l'esprit, qu'il était impossible de ne pas s'en préoccuper. Il fallait dès-lors en régler les conséquences, déterminer la conduite à tenir, et cette conduite était en quelque sorte indiquée par la nature des choses.

Le refus du destinataire aura pour fondement le mauvais état extérieur ou apparent des colis qui fera supposer une avarie plus ou moins grave; ou bien ce sera le retard mis à la délivrance qui le motivera. Dans l'un et l'autre cas, la remise étant impossible, les choses resteront forcément en la possession du voiturier ou du commissionnaire.

Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, le voiturier est directement intéressé, par suite de sa responsabilité,

à raison de l'avarie ou du retard. Il lui importe donc de faire constater d'une manière précise et certaine, soit le moment réel de l'arrivée, soit l'état matériel des effets transportés.

Mais le refus du destinataire sera dans bien de circonstances postérieur à la réception. Le déballage des marchandises, leur vérification aura découvert une avarie, une perte dont l'état extérieur ne décélait en rien l'existence ; tantôt, au contraire, le refus après réception ne sera que la conséquence de l'infériorité de la qualité de la marchandise, de la sophistication qu'elle aura subie, de sa non conformité avec celle qui avait été demandée.

Quel que soit le motif du refus ou de la contestation soulevée par le destinataire, la conséquence pour le voiturier sera et pourra être le défaut du payement de la voiture, et la nécessité pour lui de recourir contre l'expéditeur. Or, la justification de ce recours exigeait celle de l'accomplissement du devoir qui lui était imposé. Cette justification résultera de la constatation prescrite par l'article 106.

396.—Cette constatation n'offrait une garantie réelle, ne pouvait acquérir une autorité quelconque que par la capacité de ceux qui étaient appelés à y procéder ; que par la certitude de leur impartialité. On aurait pu facilement douter de celle-ci, si le choix des experts eût été laissé à la partie poursuivante. On pouvait facilement supposer qu'obéissant exclusivement à l'intérêt qui la fait agir, elle dirigerait ce choix de manière à ne pas rencontrer une trop forte opposition.

La loi ne lui a, avec juste raison, accordé que la faculté de provoquer la nomination d'experts. Leur désignation est confiée au président du tribunal de commerce, dans la localité où il existe un de ces tribunaux ; au juge de paix s'il n'y en a aucun. L'article trace la forme de cette désignation, elle a lieu par ordonnance, au bas de la requête.

397. — La faculté de présenter cette requête ne saurait être contestée au voiturier, elle est même un devoir pour lui dans l'hypothèse d'un refus péremptoire et absolu. Le refus, en effet, laisse la chose transportée en sa possession et sous sa responsabilité ; il lui impose la nécessité de veiller à sa conservation et à son entretien. Il est donc pour lui du plus haut intérêt de faire cesser cet état de choses ; de fixer la nature de ses obligations par la constatation de l'état actuel, de s'affranchir de toute responsabilité dans l'avenir en faisant ordonner, soit une tierce consignation, soit la remise dans un dépôt public.

Le devoir de provoquer l'expertise incombe au destinataire toutes les fois que la réception ayant eu lieu, la cause motivant le refus de garder les marchandises pour son compte ne se manifeste que depuis qu'elles sont en sa possession. Ce devoir est surtout urgent à l'endroit du voiturier réclamant le prix de la voiture qu'on ne saurait lui refuser que si, l'avarie étant de son fait, il était tenu à une indemnité avec laquelle le prix se compenserait naturellement.

398. — Cependant, même à l'égard du voiturier, l'article 106 n'a déterminé aucun délai dans lequel le destinataire soit tenu d'accomplir les formalités qu'il prescrit. Le législateur pouvait, à cet égard, s'en référer à l'intérêt bien entendu du destinataire. Car le retard qu'il mettrait à agir compromettrait son droit et lui imposerait des obligations qu'il ne serait pas toujours dans le cas de remplir. On excipera contre lui du défaut d'identité de la chose qu'il présente avec celle remise par le voiturier; on soutiendra que l'avarie n'existait pas au moment de la remise; qu'elle lui est donc postérieure, et par conséquent imputable au destinataire qui l'avait en sa possession. Or, la prudence fait un devoir de prévenir toutes ces difficultés, tous ces tiraillements, et le moyen unique d'y parvenir, c'est de se conformer sans délai aux prescriptions de l'article 106.

399. — L'application de cet article a fait surgir diverses prétentions. On a d'abord soutenu qu'elle était impossible après réception, que par elle-même, celle-ci impliquait la reconnaissance du bon état des effets voiturés, ou tout au moins la renonciation à s'en prévaloir.

Nous avons déjà examiné cette prétention et nous avons trouvé qu'elle était condamnée explicitement par l'article 105, qui subordonne la perte du droit à la réunion des deux circonstances, la réception et le payement du prix de la voiture.

En effet, et sur ce point, la pratique était décisive, la présentation des effets sera bien souvent effectuée dans un moment où le destinataire n'aura ni le temps, ni le

moyen de procéder à leur vérification. Il les reçoit cependant pour éviter : au voiturier, l'obligation et la charge d'un second transport au domicile ; à la marchandise, l'avarie que son abandon momentané pourrait entraîner.

Mais il ne les reçoit que sauf vérification, et son intention est manifestement indiquée par le refus du payement de la voiture. Comment, en effet, concilier ce refus avec la renonciation à exiger l'indemnité à laquelle l'avarie de la marchandise lui créerait un droit incontestable.

Il était impossible d'admettre que l'article 106 voulût faire résulter la libération du voiturier du fait de la réception isolée de celui du payement de la voiture, alors que l'article 105 subordonnait cette libération à l'existence cumulative de l'un et de l'autre. L'article 105 est donc l'écueil sur lequel viendra infailliblement échouer la prétention que nous examinons. Tant que le prix de la voiture n'est pas payé, l'action en indemnité pour cause d'avarie ou de perte étant recevable, le destinataire ne saurait être privé de la faculté de les faire constater l'une ou l'autre, suivant la forme tracée par notre article.

400. — On a soutenu ensuite que l'instruction ordonnée par l'article 106 était limitative et restrictive ; que rien ne pouvait la suppléer ; que conséquemment son inobservation libérait absolument le voiturier, quel que fût le mode de constatation qu'on eût pratiqué.

C'était là sacrifier le fond à la forme et consacrer de tous les principes, celui qui est le plus antipathique au caractère de la législation commerciale. Ce que la loi veut,

ce qu'elle prescrit, c'est la constatation qui, en établissant l'état des objets transportés, justifie et l'existence de l'avarie ou de la perte, et son imputabilité au voiturier. Mais de ce qu'elle a indiqué une forme qui atteint légalement ce but, on ne doit pas en conclure qu'elle n'en admet aucune autre. On pourra sans doute contester la valeur légale de celle-ci, la foi dont elle est susceptible. Mais le tribunal investi est le juge naturel, l'appréciateur souverain de l'une et de l'autre, et rien n'autorisait à lui faire un devoir de rejeter *de plano* celles qui par d'autres moyens arrivaient dans sa conviction au même résultat.

401. — C'est ce que la Cour suprême n'a pas hésité à consacrer. Dans l'espèce qui lui était soumise, l'état des effets transportés avait été constatés par le juge de paix lui-même. Plus tard et sur la poursuite en payement du dommage, des experts avaient été nommés pour évaluer celui-ci, et sur leur rapport le commissionnaire de roulage avait été condamné à payer la somme de 930 fr.

Pourvoi en cassation pour prétendue violation de l'article 106. On disait à l'appui : Les propriétaires ou destinataires des objets transportés devaient faire constater immédiatement le dommage, de la manière tracée par l'article 106; autrement, point de sécurité pour le voiturier, point de certitude de la vérité; c'est par des experts que nomme le président du tribunal de commerce, et à son défaut le juge de paix, que l'état des objets transportés doit être vérifié et constaté; or, dans l'espèce, c'est au juge de paix seul que les effets ont été présentés; il les

a seul vérifiés et examinés sans concours d'experts; la loi prescrivait qu'il en fût nommé; l'opération du juge de paix ne pouvait remplacer l'expertise; c'est ce qu'a pensé le tribunal de commerce, en ordonnant l'expertise. Mais cette expertise, illégale et tardive, n'a pas rempli le vœu du législateur; le propriétaire doit arriver devant le tribunal avec une preuve toute faite, afin que l'état des objets soit fixé de manière à prévenir tout doute sur leur identité et sur l'importance de l'avarie.

Le vice de ce raisonnement est facile à saisir. Il confond deux opérations essentiellement distinctes, à savoir: la constatation de l'état des effets transportés, l'évaluation du dommage résultant de l'avarie. La première seule est urgente dans l'intérêt du destinataire lui-même pour qu'on ne puisse pas contester l'identité, ou soutenir que les avaries dont il se plaint sont postérieures à sa réception; dans l'intérêt du voiturier, pour qu'on ne mette pas à sa charge ces avaries postérieures, ou l'aggravation que le défaut de soins a pu entraîner. Mais cette constatation faite en temps utile, qu'importe l'époque à laquelle l'évaluation du dommage sera poursuivie. Cette évaluation ne portera jamais que sur l'état qui aura été constaté, et qui, dès-lors, est devenu certain et déterminé.

Aussi, et par arrêt du 2 août 1842, la Cour de cassation rejette-t-elle le pourvoi: attendu que l'article 106 ne prescrit pas l'expertise à peine de déchéance; qu'il n'exclut pas tout autre mode de preuve; qu'il ne déclare pas l'action éteinte faute d'estimation dans un délai déterminé, l'estimation de l'avarie d'objets dont l'état a été

constaté n'étant nécessaire que pour déterminer la quotité des dommages-intérêts ; d'où résulte clairement que l'exclusion de toute autre expertise, après la réception des objets, serait aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi.[1]

Cette doctrine, la Cour suprême l'avait plus explicitement encore consacrée, par un arrêt du 18 avril 1831. Elle déclarait alors que l'article 106 ne prescrit aucune forme nécessaire de vérification ou de constatation ; que, dès-lors, cette vérification ou constatation peut avoir lieu, au moins provisoirement, en une autre forme équivalente, par exemple, en faisant d'abord dresser par le maire du lieu un procès-verbal de l'état des objets transportés, et en faisant plus tard procéder à leur vérification et constatation par des experts nommés conformément à la loi.

402. — La doctrine des équipollents, à l'endroit de l'article 106, est donc formellement admise par la Cour régulatrice. Cependant on a invoqué la doctrine contraire, qu'on a prétendu étayer d'un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 10 janvier 1826. Mais cet arrêt ne décide qu'une seule chose, à savoir : qu'il ne peut être suppléé au procès-verbal d'experts exigé par l'article 106, à l'effet de constater le mauvais état des marchandises, par des certificats donnés, soit par le patron du navire qui a porté ces marchandises, soit par des témoins appelés à leur réception.

Ce n'est pas là contredire le principe consacré par la

[1] *J. D. P.*, 2, 1842, 391.

Cour de cassation, c'est en refuser l'application à une espèce spéciale et particulière. La Cour de Bordeaux ne dit pas que l'expertise ne peut être suppléée par un équipollent, elle n'accorde pas ce caractère à des certificats, à des attestations dont rien ne garantit la véracité, le juste discrédit qui s'attache à ces documents. La facilité de les obtenir de la faiblesse ou de la complaisance, justifient et recommandent à un puissant degré la solution de la Cour de Bordeaux, que nous acceptons sans hésiter, sans croire le moins du monde tomber en contradiction avec l'adhésion pleine et entière que nous venons de donner aux deux arrêts de la Cour de cassation.

403. — Cette jurisprudence explique nettement la pensée de la loi. L'existence d'une avarie donne nécessairement lieu à deux opérations. La constatation de l'état des effets, de la nature et de l'étendue de l'avarie; l'évaluation du dommage. C'est là la double mission que l'article 106 confie aux experts dont il laisse la désignation au président du tribunal de commerce et à son défaut au juge de paix.

De ces deux opérations, la première offre seule un caractère d'urgence, cependant la loi ne lui trace aucun délai. Comme conséquence du silence qu'elle garde, la Cour de cassation déclarait, dans son arrêt du 18 avril 1831, qu'il suffisait que le procès-verbal dont on fait résulter la constatation ait été dressé avant la demande formée par le destinataire contre le voiturier ou le commissionnaire, si d'ailleurs le prix du transport n'a pas été payé.

Donc, le retard mis à provoquer cette constatation ne

crée aucune fin de non-recevoir contre l'action en indemnité du dommage. La seule chance à laquelle s'expose le retardataire, c'est l'obligation de prouver l'identité de la chose, l'antériorité de l'avarie. Les effets de cette chance sont dans le cas d'entraîner la perte de l'action, par l'impossibilité de remplir cette obligation.

C'est donc au destinataire à conjurer ce danger en remplissant immédiatement le devoir qui lui est imposé de faire constater l'état des marchandises. S'il a rempli ce devoir, peu importe la forme qu'il aura suivie, pourvu que le résultat soit de nature à commander la confiance et à édifier la religion de la justice. Or, comment refuser ce caractère au procès-verbal du juge de paix ou d'un fonctionnaire de l'ordre administratif.

C'est surtout en vue de l'estimation du dommage que l'article 106 appelle des experts dont les connaissances spéciales garantissent la sincérité de cette estimation. Or, la base unique de celle-ci est l'état de la marchandise, la nature de l'avarie; l'un et l'autre se trouvant établis par la constatation à laquelle il a été procédé en temps utile, aucun motif ne pouvait faire qu'on refusât le droit de ne provoquer l'expertise que dans l'instance ayant pour objet le payement du dommage.

En réalité donc, l'article 106 conseille plutôt qu'il ne prescrit. L'action en responsabilité contre le voiturier ne rencontre et ne peut rencontrer d'autre fin de non-recevoir que celle que l'article 105 édicte. A défaut, il n'y a plus qu'un litige ordinaire, qu'une appréciation à faire de la justice de la demande, de la preuve sur laquelle elle s'appuye; et cette appréciation ne pouvait recon-

naître d'autre règle, d'autre limite que la conscience et les lumières du juge.

404. — Le voiturier lui-même ne pouvant exciper de l'inobservation de l'article 106, comme fin de non-recevoir contre la demande en responsabilité, on doit par un *a fortiori* incontestable le décider à l'égard de l'expéditeur, propriétaire et vendeur direct, ou commissionnaire à l'achat.

Déjà nous avons vu qu'il ne saurait se prévaloir de la fin de non-recevoir édictée par l'article 105. La réception des effets et le payement du prix de la voiture ne sauraient créer un obstacle quelconque à l'action ayant pour objet, non pas les accidents survenus pendant le voyage, mais l'infériorité ou le défaut de qualité, la non conformité de la chose expédiée avec celle demandée. Or, ce qui était vrai et juste dans l'hypothèse de l'article 105 ne pouvait pas ne pas l'être dans celle de l'article 106.

La spécialité de l'un comme celle de l'autre résultait de la place qu'ils occupent dans le Code, de la rubrique sous laquelle ils sont classés. Dès-lors, pour en refuser le bénéfice à l'expéditeur quel qu'il fût, on n'avait qu'à se référer au principe que tout ce qui tend à restreindre les actions dérivant du droit naturel ou commun doit se renfermer dans les limites expressément tracées par la loi, et ne saurait s'étendre à un cas non prévu, quelle que fût d'ailleurs l'analogie entre ce cas et celui législativement prévu.

Les conséquences s'induisent d'elles-mêmes. Les articles 105 et 106 ne s'occupent exclusivement que du voi-

turier, l'expéditeur n'est ni recevable ni fondé à se prévaloir du bénéfice du premier, à se plaindre de l'inobservation du second. C'est aussi ce que la jurisprudence a consacré.

Nous avons déjà rappelé que la Cour d'Aix, le 15 juillet 1825, déclarait recevable l'action du destinataire contre l'expéditeur, malgré l'inobservation de l'article 106, et quoique l'action n'eût été intentée qu'après trois mois depuis la réception des marchandises.

Ainsi libellé, cet arrêt pourrait paraître extraordinaire, mais ce qui en établit et en justifie le caractère juridique, c'est que, en fait, si la citation en justice n'avait été donnée qu'après trois mois, la réclamation sur la nature des marchandises ne s'était pas faite attendre; que, vérification faite, le destinataire, dès le surlendemain de la réception, écrivait à l'expéditeur pour se plaindre de la qualité, et lui annonçait qu'il allait renvoyer la marchandise. Une correspondance s'était engagée à cet égard, et sa durée plus ou moins prolongée ne pouvait effacer le mérite de cette plainte immédiate. La date du recours à justice était donc évidemment indifférente.

Le 24 juillet 1821, la Cour de cassation s'expliquait non moins catégoriquement ; à l'exception que l'expéditeur opposait au destinataire et qu'il induisait de la réception des marchandises, du payement de la voiture et de l'absence d'un procès-verbal de constatation de l'état des marchandises, elle répondait : que les articles 105 et 106 concernaient exclusivement les difficultés relatives aux pertes ou avaries des marchandises ou effets dans les transports par terre ou par eau, et ne pouvaient régir

les contestations relatives à la défectuosité des marchandises vendues et livrées. C'est aussi ce que la Cour de Lyon consacrait le 9 avril 1823.

405. — Nous n'avons rencontré aucune décision qui déclarât les articles 105 et 106 applicables en principe à l'action du destinataire contre l'expéditeur pour défectuosités des effets envoyés et reçus. Lorsque cet action a été repoussée, c'est pour défaut de fondement ou pour absence de justification suffisante.

Le premier devoir du destinataire agissant contre l'expéditeur est non-seulement de prouver le vice dont il se prévaut, mais encore que la marchandise qu'il représente est bien celle qui lui a été expédiée. Si cette identité n'est pas établie, si elle ne peut l'être par son fait, il est évident que sa demande contre l'expéditeur doit être rejetée. Mais ce résultat tiendra bien moins à l'application des articles 105 et 106 qu'au défaut de justification. On ne déclarera pas la demande non-recevable, elle sera seulement éconduite comme mal fondée.

Un arrêt de la Cour de Douai, du 26 août 1844, nous fournit un exemple qui explique nettement notre pensée. « Attendu, porte cet arret, que Bellon et consorts, à l'arrivée en Angleterre des tourteaux achetés pour leur compte, par Bourdon et compagnie, en ont acquitté les droits de douane, les ont fait entrer dans leurs magasins et les ont confondus avec d'autres marchandises de même nature; qu'en prenant ainsi possession des tourteaux, ils ont par leur fait rendu impossible la constatation de l'identité de cette marchandise, qui n'a aucun

signe particulier de reconnaissance, et par suite toute vérification régulière de sa qualité ; qu'ils se sont dès-lors rendus non-recevables dans la demande qu'ils ont formée plus d'une année après la réception, et qui tend à la laisser pour compte de l'expéditeur.[1]

La Cour ne reproche pas aux destinaires de n'avoir pas fait vérifier et constater l'état de la marchandise au moment de la réception. Elle reconnaît même implicitement qu'ils auraient pu provoquer ultérieurement l'une et l'autre, puisqu'elle leur fait un grief d'avoir rendu cette vérification et constatation impossibles en confondant la marchandise reçue avec celles dont ils étaient en possession. Cette impossibilité acquise, enlevant tout moyen de justifier la demande, en motivait nécessairement le rejet.

Il est donc évident que dans les litiges de la nature de ceux que nous supposons, la difficulté est toute entière dans l'identité des effets refusés. Si cette identité est acquise, si elle n'est pas contestée, la vérification peut en être demandée et ordonnée à toute époque, et sans qu'on puisse se prévaloir de l'inobservation de l'article 106; la charge de justifier cette identité incombe exclusivement au destinataire. Mais la preuve offerte n'est admissible qu'autant que les faits cotés seront pertinents et de nature à être établis. A quoi bon l'ordonner, si les faits acquis en démontraient l'impossibilité.

406t — L'intérêt du destinataire à prévenir ce ré-

[1] *J. D. P.*, 2, 1845, 358.

sultat lui indique la conduite qu'il doit tenir. Le moyen le plus simple d'empêcher toute difficulté est de faire procéder à la vérification et à la constatation de la qualité et de la nature des choses qu'il a reçues, et cette constatation faite, les garder chez lui sans les confondre avec celles de même nature qu'il peut posséder, ou faire nommer un tiers consignataire, ou en provoquer la remise dans un dépôt public. L'identité ainsi fixée, il n'y a plus qu'à établir le vice qui motive la réclamation et le refus, ce qui pourra et devra toujours résulter de l'expertise.

Mais, nous le répétons, l'omission de ces précautions ne crée aucune fin de non-recevoir en faveur de l'expéditeur. Elle oblige seulement le destinataire à prouver l'identité, et à succomber si cette preuve est impossible ou s'il ne la produit pas d'une manière absolue et satisfaisante.

407. — C'est seulement en ce qui concerne le voiturier proprement dit, que l'article 106 a conféré la faculté d'ordonner le dépôt ou séquestre et ensuite le transport dans un dépôt public. Le voiturier qui n'a ni magasins, ni employés; qui le plus souvent confie le soin de la rendre à domicile à l'aubergiste chez lequel il descend, ne pourrait garder la marchandise refusée que dans l'auberge même, où, en son absence forcée, elle ne recevrait pas tous les soins que sa conservation exigerait. Il était donc juste de lui fournir le moyen de s'exonérer par une tierce consignation de la responsabilité qui naîtrait pour lui de la détention et de la garde des marchandises.

Quant aux entrepreneurs de roulage, qui ont des magasins ou des correspondants sur la localité, rien ne les oblige, à moins qu'ils ne le jugent indispensable à leur intérêt, de provoquer le dépôt ou séquestre des effets. Ils peuvent les garder dans leurs magasins ou dans ceux de leur correspondant. Mais en se constituant ainsi dépositaires volontaires, ils en assument tous les devoirs, toute la responsabilité, responsabilité d'autant plus étroite qu'ils ne manqueront pas de réclamer un droit de magasinage, et qu'ils seront ainsi dépositaires salariés.

408. — Le payement du prix de la voiture ne pouvait, ne devait pas être indéfiniment prorogé, ni même retardé jusqu'au règlement définitif des contestations qui surgissent entre le destinataire et l'expéditeur. L'article 106 a prévu et prévenu l'inconvénient qui pourrait résulter de l'état des choses contraire. Il a en conséquence autorisé la vente immédiate des effets jusqu'à concurrence de ce qui est dû au voiturier.

Les termes de l'article paraissent rendre la faculté d'ordonner cette vente purement discrétionnaire. Mais à cet égard nous croyons qu'il faut distinguer.

Si le refus n'est pas fondé sur l'état matériel des marchandises; s'il a pour objet de faire condamner le voiturier à une indemnité pour perte ou avaries souffertes en cours de voyage, la vente non-seulement pourra mais encore devra être refusée. Le prix de la voiture devant naturellement se compenser avec cette indemnité, ce n'est que par la détermination de celle-ci qu'on saura si le

voiturier sera créancier et de quelle somme. Le retard provenant ici de son fait, tant qu'il n'aura pas justifié de la force majeure, il ne serait ni recevable ni fondé à s'en plaindre.

Si le refus ou la contestation ne surgit que sur la qualité ou la non conformité, et n'intéresse par conséquent que le destinataire et l'expéditeur, la vente partielle par le voiturier doit être ordonnée. Elle ne pourrait être empêchée que par le payement que l'une des parties ferait à la décharge de qui de droit.

—

ART. 107.

Les dispositions contenues dans le présent titre sont communes aux maîtres de bateaux, entrepreneurs de diligences et voitures publiques.

SOMMAIRE.

409. — Les maitres de bateaux exploitant nos canaux, fleuves et rivières navigables; les entrepreneurs

de diligences et voitures publiques sont des voituriers dans toute l'acception de ce mot. Les premiers font par eau ce que les rouliers exécutent sur terre. La différence entre ceux-ci et les derniers, c'est que les diligences et voitures publiques ont pour objet principal le transport des personnes plutôt que celui des choses qu'elles exécutent néanmoins également.

De tout temps, en effet, la nature de l'industrie des entrepreneurs de diligences et voitures publiques, les moyens dont ils disposent, la rapidité du voyage, leur évidente solvabilité leur avait fait confier le transport des choses les plus précieuses : l'or, l'argent et leurs composés; les diamants, bijoux, pierres précieuses; les soies ouvrées et riches dentelles, cette voie offrant à l'expéditeur beaucoup plus de sécurité, aux destinataires une plus prompte expédition.

De nos jours, tout est bien changé; des établissements de roulage importants sont venus d'abord offrir toutes les garanties de solvabilité que pouvaient désirer les expéditeurs, puis satisfaire par le roulage accéléré, dans une certaine mesure, aux exigences d'une prompte expédition.

L'établissement des bateaux à vapeur est venu à son tour porter un coup mortel à ces entreprises de transports par eau qui pendant longtemps avaient exclusivement desservi notre navigation intérieure, en même temps créer la concurrence la plus redoutable, non-seulement aux entrepreneurs de roulage pour le transport des choses, mais encore aux propriétaires de diligences et voitures publiques pour le transport des personnes.

On peut en juger par ce seul fait, que les voitures entre Lyon et Avignon avaient pris le parti d'opérer la descente à vide, pour se dispenser de payer un droit dont elles ne trouvaient plus l'équivalent dans le nombre infiniment restreint des voyageurs.

A leur tour, les voies ferrées accomplissent et plus énergiquement encore, pour toute espèce de transports et même pour les bateaux à vapeur, la révolution que ceux-ci avaient opérée dans le roulage par terre et par eau, et dans les messageries. Aucune concurrence n'est possible contre ces entreprises colossales destinées à changer la face du monde, et à effacer les distances. Aussi, et pour toutes les localités qu'elles desservent, le roulage ordinaire n'est plus qu'une exception infime, et les messageries et voitures publiques, incessamment refoulées, se réfugient-elles sur les routes où elles ne sont pas exposées à un si dangereux voisinage.

410. — Mais quelque réduites que soient les proportions du roulage ordinaire par terre et par eau, du transport par diligences et voitures publiques, il n'en est pas moins utile de rappeler les règles appelées à les régir. D'ailleurs, les compagnies de chemins de fer ne sont pas autre chose que des entrepreneurs de transports et de voitures publiques, obéissant à ces mêmes règles, de la même manière que ceux qu'elles sont venues déposséder.

Or, ces règles, pour ce qui concerne les entrepreneurs, étaient indiquées par la nature des choses. Ces entrepreneurs, quels que soient les moyens qu'ils employent, ne

sont que des voituriers sur une échelle plus ou mois étendue. Ils devaient donc, quant à leurs droits, leurs obligations, leur responsabilité, être d'une manière absolue sous l'empire des principes édictés pour les voituriers. La conséquence était tellement naturelle, tellement logique, que nul n'aurait été tenté de la méconnaitre ou de la contester, alors même qu'elle n'aurait pas été expressément consacrée par l'article 107.

411. — Ce qui a déterminé le législateur à s'en expliquer, c'est la position exceptionnelle que l'industrie messagiste avait pendant longtemps occupée, c'est la législation spéciale que cette position avait motivée.

Au témoignage de Merlin, le droit d'établir des messageries a toujours été considéré en France comme un attribut de la puissance souveraine. Ainsi jusqu'à la révolution de 1789 et pendant quelques années depuis, ce droit avait-il été exclusivement conféré au pouvoir central. Des fermiers préposés par lui exploitaient les messageries.

412. — Avant 1681, on appliquait sans difficultés le droit commun aux réclamations qui pouvaient surgir. En cas de perte imputable à la faute ou à la négligence du fermier ou de ses préposés, le premier devait en payer la valeur au propriétaire sur sa déclaration et sur l'affirmation qu'il faisait de sa sincérité. Cette jurisprudence, dit Merlin, était fondée sur les principes qui de tout temps ont fait admettre le serment *in litem*, dans les cas tracés par la loi. Elle avait été expressément consa-

crée par un arrêt du parlement de Paris, du 30 mai 1656.

Mais cette jurisprudence avait créé de graves inconvénients. La religion du serment n'était déjà plus une garantie suffisante contre la mauvaise foi des réclamants; exagérant à plaisir et au gré de leurs intérêts des déclarations dont la perte des effets réclamés empêchait de contrôler l'exactitude. Sur les plaintes réitérées du fermier, on songea à créer ce contrôle en exigeant la déclaration de la valeur au moment même de la remise, ce qui permettait de la vérifier.

413. — En conséquence, le 18 juin 1681, une sentence des officiers du Châtelet, publiée et affichée le 5 juillet, prescrivit cette déclaration préalable et son enregistrement sur un registre, pour les effets contenus dans les valises, malles ou coffres. A défaut de déclaration, la perte de la valise, malle ou coffre ne devait donner lieu qu'à une valeur de 150 fr.

Cette mesure, quelque avantageuse qu'elle fût pour l'Etat, vint échouer devant la jalouse susceptibilité du Parlement. Une sentence de l'Hôtel-de-Ville, qui l'avait appliquée, fut déférée à son examen, et comme on prétendait devant la grand'chambre l'étayer sur la sentence du Châtelet, le premier président s'écria : Nous ne savions pas que le Châtelet eût le droit de faire des règlements, et que la ville eût la faculté de les suivre.[1]

414. — Les choses demeurèrent donc sur l'ancien

[1] Merlin, *Rép.* V. *Messageries*, § 2, n° 4.

pied pendant environ un siècle. Mais, le 7 août 1775, le conseil rendit deux arrêts. Le premier déclare que les priviléges accordés précédemment pour les droits de carrosses, diligences et messageries sont réunis au domaine du Roi, pour être exploités au profit de Sa Majesté, et ordonne l'établissement sur toutes les grandes routes du royaume de voitures à trois, à six, à quatre places, commodes, légères et bien suspendues.

Le second prescrit un tarif pour le transport des choses précieuses et prescrit la déclaration préalable et l'enregistrement. Il dispose, en conséquence, que *ceux qui ne feront point, sur le registre du préposé, la déclaration du contenu dans les valises, coffres, malles et autres fermant à clef, ne pourront demander pour la valeur des choses qui seront dans lesdites valises ou coffres non déclarés, plus que la somme de 150 livres*

445. — La loi des 16-19 août 1790 fit un premier pas vers la liberté de l'industrie messagiste. Elle abolit le droit connu sous le nom de droit de permis, et celui du transport exclusif des voyageurs, matières d'or et d'argent, ballots, paquets, caisses et marchandises. Elle permet à tous particuliers de conduire et de faire conduire les uns et les autres ainsi et de la manière convenue avec les intéressés.

Mais elle prohibe à ces mêmes particuliers d'annoncer les départs à jour et heure fixes; d'établir des relais et de se charger de reprendre et conduire les voyageurs qui arriveraient en voitures suspendues, si ce n'est après l'in-

tervalle d'un jour entre l'arrivée et le départ. Ces divers droits sont formellement et exclusivement réservés aux messageries, coches et voitures d'eau qui, aux termes de l'article 4, devront faire l'objet d'une ferme générale aux conditions et charges déterminées.

La ferme concédée en vertu de cette loi fut résiliée par celle du 2 avril 1793, qui ordonna la mise en régie. Des lois postérieures, notamment celle des 23-24 juillet suivant, qui règlent le service, renouvellent l'obligation de faire enregistrer les effets et maintiennent à 150 fr. l'indemnité pour les malles ou caisses non déclarées.

Le monopole absolu reçut une première et grave atteinte par la loi du 25 vendémiaire an III, qui autorise les entrepreneurs particuliers à indiquer et à annoncer le départ à jour et heure fixes ; à établir des relais. Il fut détruit par la loi du 9 vendémiaire an VI, qui abolit la régie des messageries nationales, et substitua le régime de liberté absolue, en ne soumettant désormais les entreprises particulières qu'à la condition de payer au trésor le dixième du prix des places.

Cette loi imprima à cette industrie un immense développement. L'etraînement fut tel qu'on craignit un instant pour son avenir, et qu'on crut prudent de limiter la faculté de créer de nouvelles entreprises. En conséquence, la loi du 30 floréal an XIII subordonna cette création à l'autorisation préalable du gouvernement

Cette précaution, que l'intérêt public commandait pour assurer l'avenir de cette précieuse institution, n'était pas moins une entrave à la libre spéculation, ce n'était

plus le monopole, mais c'était une limite à sa complète émancipation, et en quelque sorte un privilége en faveur des entreprises déjà fondées.

446. — Le peu de progrès que l'industrie messagiste fit sous l'empire de cette législation, la cherté et la lenteur des communications appelaient un remède, et ce remède ne pouvait résulter que de la libre concurrence. La loi du 25 mars 1817 n'hésita pas à y recourir, son article 115 n'impose, pour la création ou la continuation de toute entreprise de voitures publiques de terre ou d'eau, que l'obligation de faire une déclaration annuelle indiquant le nombre, l'espèce des voitures, le prix des places, et de se munir d'une licence qui ne pouvait être refusée.

Les espérances qu'on fondait sur cette loi ne tardèrent pas à se réaliser. Des hommes intelligents et capables surgirent qui imprimèrent à cette industrie le développement dont elle était susceptible. Ils modifièrent les moyens de transport; on put donner place à un plus grand nombre de voyageurs, sans augmenter d'une manière au moins sensible le nombre des chevaux, ce qui, en diminuant les frais, permit d'abaisser les prix. Puis, la concurrence vint faire de cette baisse une loi; imprimer une vitesse plus considérable. Chacun s'efforça de devancer ses rivaux, d'attirer la préférence par les commodités offertes aux voyageurs. Sans doute dans cette lutte beaucoup succombèrent, mais au profit de l'intérêt public, puisque, comme l'enseigne M. Troplong, les résultats de leurs efforts ont été de favoriser l'échange des idées, les

rapports d'État à Etat; de rendre l'action de l'administration plus prompte et plus facile, de contribuer aux douceurs de la vie privée.

417. — Mais dès que l'industrie messagiste est devenue privée et libre, elle est retombée sous l'empire du droit commun, quant aux obligations et aux droits de ceux qui l'exploitent. Mais cet effet n'a pas été admis sans difficultés. Des contradictions nombreuses se sont produites, sur lesquelles les tribunaux ont eu à se prononcer.

418. — Les messagistes ont prétendu qu'ils ne devaient pas répondre des effets accompagnant le voyageur. Dans ce cas, disaient-ils, celui-ci ne s'en est pas réellement dénanti, il est donc resté dans l'obligation de veiller lui-même à leur conservation.

Une pareille prétention s'écartait trop de la vérité des choses pour qu'il fût possible de l'admettre. Un voyageur, prenant place dans une déligence, ne peut être tenu de surveiller ses effets, parce qu'il n'a aucun moyen de le faire. Ces effets doivent être déposés dans le bureau avant l'heure du départ, c'est-à-dire avant le moment où il est obligé de s'y rendre lui-même. Le plus souvent ils sont remis à domicile au facteur, et leur chargement est exclusivement confié soit à ce facteur, soit au conducteur, c'est-à-dire à l'entrepreneur lui-même.

Dans une espèce jugée par la Cour de Lyon, l'entrepreneur soutenait qu'il n'était légalement chargé que des effets inscrits sur son registre, et tirait du défaut d'inscription la preuve que le voyageur n'était pas réellement dé-

nanti. Mais, par arrêt du 15 mai 1839, toutes ces raisons furent repoussées et l'entrepreneur déclaré responsable.[1]

419. — Le défaut d'enregistrement a encore été invoqué, au point de vue de la preuve de la remise, qu'on a soutenu ne pouvoir résulter que de la mention au registre. On opposait en conséquence l'absence de mention comme une fin de non-recevoir contre la réclamation de l'objet perdu.

Une déchéance quelconque n'est légalement admissible que si elle est établie par la loi. Or, celle dont nous nous occupons n'est pas même autorisée par la législation de 1775 et de 1793 régissant le monopole. L'une et l'autre, accordant une indemnité de 150 fr. pour la malle ou caisse non déclarée, reconnaissaient par cela même que la remise pouvait être établie par tout autre moyen que l'inscription au registre.

Cette loi, qui seule pourrait légitimer la fin de non-recevoir, n'existe donc pas, elle ne pouvait même exister. L'inscription au registre est le fait unique de l'entrepreneur ou de son employé, le voyageur est bien libre de la requérir. Mais quel moyen a-t-il de la contraindre? Comment pourra-t-il justifier de la négligence ou de l'omission volontaire ou involontaire du préposé auquel il aura adressé sa réquisition? Comment établira-t-il celle-ci?

Donc, repousser sa réclamation par le seul motif du

[1] *J. D. P.*, 1, 1839, 624.

silence du registre, c'était le livrer pieds et poings liés à la discrétion de l'entrepreneur, permettre à celui-ci de se soustraire à la responsabilité que lui inflige la loi, puisqu'il n'aurait qu'à faire la sourde oreille à la réquisition du voyageur, et à ne tenir aucune note des effets qui lui seraient réellement remis.

L'imminence d'une pareille fraude ne permet pas de douter de la pensée du législateur. La prescription de la tenue d'un registre, loin d'être un piége contre les voyageurs, n'a été qu'une précaution en leur faveur, en justifiant péremptoirement de la remise des effets y mentionnés. La loi, dit M. Troplong, a voulu que le public eût une garantie contre les entreprises de messageries et de roulage, et cette garantie se puise dans le registre prescrit.[1]

La conséquence de ce caractère est signalée par M. Pardessus, par M. Troplong lui-même. L'inscription sur le registre des effets remis est obligatoire et forcée pour l'entrepreneur; elle doit être effectuée sans que le voyageur la requière, et même malgré lui, si non, l'entrepreneur est en faute.[2]

Or, si faute, comment pourrait-il être que l'entrepreneur y puisât le droit de s'exonérer de la responsabilité que la loi fait peser sur lui?

Sans doute le défaut d'inscription au registre peut être imputable à la négligence du voyageur. Mais n'en serat-il pas le premier puni par l'obligation de prouver au-

[1] *Du Louage*, n° 45.
[2] *Ibid.*

trement la réalité de la remise ; et cette preuve, sera-t-il toujours en position de la fournir.

Sa négligence peut donc, dans certains cas, entraîner la perte de son droit. Qu'on le soumette à cette chance, on le comprend ; mais induire du défaut d'inscription au registre un obstacle à toute réclamation, en en faisant résulter l'exclusion de tout autre mode de preuve, ce serait méconnaître le texte et l'esprit de la loi. Aussi la jurisprudence a-t-elle été unanime pour le repousser.[1]

420. — On a enfin prétendu que la nécessité d'une déclaration préalable devait être admise toutes les fois qu'exceptionnellement la malle ou caisse renfermerait des valeurs importantes, soit en espèces, soit en objets précieux d'une grande valeur.

Mais, dès le 19 avril 1809, la Cour de Paris repoussait cette prétention, et déclarait que les voyageurs ne sont pas obligés de déclarer tous les objets que leur malle ou caisse peut contenir, et que le défaut de cette déclaration ne saurait porter atteinte à la responsabilité de l'entrepreneur.

421. — Il est évident que le système contraire ne pourrait être accueilli que s'il reposait sur une loi, puisqu'il s'agit de la déchéance d'un droit. Or, les seules lois qui aient jamais prescrit la déclaration de la valeur sont l'arrêt du Conseil de 1775 et la loi de juillet 1793 ; mais, ainsi

[1] Cass., 16 avril 1828, 10 novembre 1829, 18 juin 1833, 4 décembre 1837 ; Paris, 15 juillet 1834 ; Lyon, 15 mai 1839 ; Alger, 16 décembre 1846. *J. D. P.*, 1, 1838, 285 ; 1, 1839, 624 ; 2, 1847, 300.

que nous l'avons dit, ces monuments législatifs n'ont pu survivre au monopole qu'ils régissaient spécialement, ils auraient été d'ailleurs formellement abrogés par l'article 107.

Cette loi prescrivant la déclaration de la valeur, sous peine de déchéance, on a voulu la faire résulter de l'article 1785 du Code Napoléon. Cet article, a-t-on dit, en imposant aux entrepreneurs l'obligation de tenir registre de l'argent dont ils se chargent, exige par cela même que cet argent soit déclaré.

Mais l'article 1785 met les effets et les paquets sur la même ligne que l'argent ; il faudrait leur appliquer une règle commune, ce que nous venons de voir la jurisprudence repousser d'une manière absolue.

Ce qui résulte de l'ensemble de l'article 1785, c'est que le législateur a eu en vue les envois faits isolément et non l'hypothèse d'argent, d'effets ou paquets accompagnant la personne du voyageur. Dans ce cas, l'argent lui-même n'est soumis à aucun tarif spécial. Son poids se confond avec celui de la malle, et n'est taxé que relativement à l'excédant dont l'ensemble dépasse les facultés accordées aux voyageurs, et le droit de l'entrepreneur est à cet égard absolument indépendant de toute déclaration.

Donc, pour ce qui concerne le bagage des voyageurs, l'article 1785 ne saurait recevoir aucune application. Nous n'admettons pas, d'ailleurs, la conséquence qu'on a voulu en tirer, même à l'endroit des effets ne devant pas être accompagnés par le déposant ; la mention sur le registre qu'on a reçu une malle ou une caisse pesant

un tel poids, satisfait pleinement aux exigences de cet article qui, comme l'observait M. Troplong, n'a pour objet que la preuve de la remise indépendamment de la valeur que peut contenir l'objet remis.

La Cour de Paris a donc pu très légalement déclarer, dans son arrêt de 1832, confirmé par la Cour de cassation, en 1833, qu'aucune disposition de loi, qu'aucun règlement ou usage n'oblige le propriétaire des objets confiés aux voitures publiques à en déclarer la valeur, que, par conséquent, l'absence de déclaration ne peut créer aucune fin de non-recevoir contre l'action en payement de cette valeur.

422. — Cependant la jurisprudence n'est pas unanime. Ainsi, les Cours de Bruxelles et de Lyon jugeaient: la première, le 28 avril 1810, et la seconde, le 6 mars 1821, que les entrepreneurs de messageries ne sont responsables de l'argent et des objets précieux qu'on prétendrait contenus dans une malle ou paquet, qu'autant qu'il y aurait eu désignation ou évaluation au moment de la remise.

Ces arrêts sont difficiles à justifier en droit, quelque équitables qu'ils puissent paraître. Il est évident, en effet, que les entrepreneurs se trouvent dans notre système exposés a être obligés au-delà de ce qu'ils doivent, et que le danger de réclamations exagérées est d'autant plus imminent que la perte est un invincible obstacle à toute vérification. Mais ce danger peut-il suppléer à la loi qui n'existe pas et devenir le fondement d'une dé-

chéance non édictée? Les principes les plus élémentaires ne permettent pas de l'admettre.

423. — Contre le danger que nous signalons, il n'y a d'autre remède légal que l'appréciation souveraine des tribunaux. Les juges ne sont pas obligés de croire le demandeur sur parole, ils exigent de lui la preuve de la sincérité de sa déclaration, la justification de l'origine des sommes ou effets précieux qu'il prétendra avoir renfermés dans la malle perdue, et ils n'accueilleront sa réclamation que lorsque les explications sur tous ces points les auront convaincus de sa vérité et de sa justice.

C'est ainsi que la Cour suprême l'établissait dans son arrêt du 16 avril 1828. Encore bien, disait-elle, que lors de la remise d'une malle au bureau des messageries, il n'ait été fait aucune déclaration relative à son contenu, les juges peuvent condamner les entrepreneurs à payer au propriétaire de la malle la valeur non-seulement des effets de corps, mais encore des sommes qu'il prétend y avoir enfermées, s'il résulte des circonstances de la cause que l'affirmation faite à cet égard par le propriétaire devant la justice est conforme à la vérité.

En d'autres termes, la question entre le réclamant et l'entrepreneur est plutôt de fait que de droit. Si, au moment de la remise, l'existence d'une somme d'argent, celle d'effets précieux a été déclarée, c'est l'intégralité des premières, la valeur indiquée des seconds qui est due. L'entrepreneur a pu vérifier la sincérité de la déclaration ; il est présumé l'avoir fait ; il ne peut revenir

contre le contrat qu'il a ainsi expressément ou tacitement accepté.

A défaut de déclaration au moment de la remise, la réclamation est recevable, mais le demandeur est obligé d'en prouver la sincérité, de justifier l'existence des sommes ou objets précieux dont il poursuit le payement. L'appréciation de la nature et de l'efficacité de cette preuve est laissée à l'arbitrage souverain des juges qui peuvent, suivant les inspirations de leur conscience, accorder ou refuser la somme demandée, la modifier ou en réduire le chiffre.

Cette doctrine se recommandait non-seulement au point de vue des principes spéciaux, mais encore à celui de l'article 1782 du Code Napoléon, assimilant les voituriers aux aubergistes pour la garde et la conservation des effets qui leur sont confiés; on n'a jamais prétendu que ceux-ci ne répondaient que des effets qui leur avaient été déclarés; il ne saurait donc en être autrement pour les voituriers tenus à un titre identique.

424.— Leur responsabilité, quant aux objets non déclarés, ne cède que si le défaut de déclaration peut être attribué à l'intention du voyageur de frustrer l'entreprise d'un droit auquel la déclaration eût donné lieu. Cette hypothèse, peu probable lorsqu'il s'agit de messageries ordinaires, est dans le cas de s'offrir dans les transports opérés par les chemins de fer, dont le tarif est arrêté et fixé par l'autorité elle-même. Elle se présentait notamment dans l'espèce de l'arrêt de Douai, du 17 mars 1847.

Une malle ayant été perdue, le propriétaire réclamait,

outre la somme de 812 francs, valeur représentative des effets ordinaires, celle de 1100 frans quil prétendait y avoir déposée.

La Compagnie, excipant des indications de ses bulletins et de la loi de juillet 1793, prétendait ne devoir pour la valeur de la malle qu'une indemnité de 150 fr. Quant à la somme de 1100 fr., elle soutenait que l'absence de déclaration l'ayant mise dans l'impossibilité de percevoir le droit qu'elle était autorisée à s'attribuer, constituait à son préjudice une fraude qui ne pouvait avoir engagé sa responsabilité.

425. — Nous avons déjà dit que la Cour repousse le moyen tiré du bulletin et de la loi de 1793; qu'elle accorde la valeur intégrale de la malle, fixée à 812 francs, mais elle accueille le refus de la somme de 1100 francs par les motifs suivants :

« Attendu que sur la demande de la Compagnie et en exécution du cahier des charges, le ministre des travaux publics avait arrêté le tarif de l'argent; que cet arrêté concernait aussi bien l'argent transporté isolément que celui confondu dans une malle; que cette décision, publique et affichée dans toutes les stations, avait averti tous ceux qui avaient à expédier des objets de cette nature qu'ils avaient à en faire la déclaration spéciale et à payer un supplément de prix ; qu'en ne le faisant pas ils n'ont pas mis la Compagnie à même de prendre les soins proportionnés à la valeur des objets précieux qu'ils lui confiaient, et l'ont privée de la prime qui devait, en cas de perte, servir à l'indemniser du risque qu'elle courait;

que n'ayant pas satisfait à la double obligation qui leur était imposée, ils ne peuvent, en cas de perte de l'argent, réclamer contre la Compagnie les conséquences d'une responsabilité à laquelle elle n'a pas entendu se soumettre.[1] »

426. — La signification que cet arrêt donne au tarif est-elle générale et absolue. Faut-il admettre que les voyageurs par chemin de fer sont obligés de déclarer dans tous les cas l'argent et les bijoux ou objets précieux à leur usage personnel qu'ils peuvent avoir renfermés dans leur malle? L'affirmative nous paraît repoussée par la raison elle-même.

Les voyageurs sont autorisés à se faire accompagner de leurs bagages, et pour ce qui les concerne ils ne sont soumis qu'à payer l'excédant du poids qui leur est concédé. Or, ne doit-on pas considérer comme bagages l'argent destiné aux dépenses du voyage, les effets précieux qu'une dame porte dans son coffre dans l'intention de s'en parer? Comment, dès-lors, subordonner les réclamations en cas de perte à une déclaration préalable. Mais le voyageur a pu de bonne foi s'en croire dispensé, il a pu et dû croire que les tarifs n'avaient en vue que la circulation commerciale de l'argent, et demeurait inapplicables à celui qui n'avait d'autre destination que celle de subvenir aux frais du voyage lui-même; quel est le voyageur qui néglige cette précaution lorsqu'il se met en route.

[1] *J. D. P.*, 1, 1849, 362, *D. P.*, 47, 2, 98.

427. — Il faut donc dire, avec un arré de la Cour d'Angers, du 20 janvier 1858, que les Compagnies de chemin de fer répondent, en cas de perte, non-seulement des effets des voyageurs, mais encore des sommes d'argent renfermées dans les malles perdues, lorsque ces sommes sont en proportion présumée avec les besoins du voyage et la situation du voyageur; que ces sommes étant considérées comme l'accessoire indispensable des bagages, ne sont assujetties à aucune déclaration spéciale, ni au payement des droits établis par les tarifs pour le transport des matières d'or et d'argent.

« Considérant, dit l'arrêt, qu'il est à la fois conforme à la raison et à un usage constant de comprendre dans les bagages des voyageurs, non-seulement les effets à son usage personnel suivant son sexe et sa condition, mais la somme qui lui est indispensable pour les besoins de voyage et qui doit être considérée comme l'accessoire;

« Considérant que les tarifs invoqués par la Compagnie d'Orléans ne sauraient faire disparaître la responsabilité qui lui est imposée par le Code de commerce et le Code Napoléon, que ces tarifs sont obligatoires pour tous, lorsqu'il s'agit du transport d'objets ou de valeurs soumis à des taxes exceptionnelles; mais qu'ils ne sauraient constituer pour le voyageur l'obligation de faire, quant aux bagages qu'il transporte avec lui, des déclarations ou de se soumettre à la vérification qui créeraient le plus souvent des obstacles insurmontables, sauf néanmoins, quant à la responsabilité de la Compagnie, le cas ou frauduleusement et pour les soustraire au tarif, de valeurs et objets soumis à la taxe exceptionnelle auraient

été abusivement compris par les voyageurs dans les bagages ; et l'appréciation qui alors, en cas de perte, devrait être faite par les tribunaux en raison de la fraude, ou de la faute imputable aux voyageurs.[1] »

Ainsi, la Cour d'Angers n'entend, pas plus que celle de Douai, autoriser la fraude se proposant de frustrer l'entrepreneur du droit exceptionnel qu'il aurait à percevoir sur les effets non déclarés. Elle est loin d'admettre que le voyageur puisse impunément porter avec lui une somme quelconque à titre de bagages, elle réduit cette faculté aux sommes nécessaires aux besoins du voyage et destinés à y pourvoir. A ce point de vue, on ne saurait, à notre avis, contester le caractère aussi juridique que rationnel de son arrêt.

428. — Nous n'avons pas à revenir sur l'étendue de la responsabilité, sur le caractère et les effets des clauses dérogatoires. Ce que nous venons de dire pour le voiturier s'applique aux entrepreneurs de messageries et voitures publiques, et régit leurs rapports avec les réclamants.

C'est aussi à nos précédentes observations que nous nous en référons sur le caractère et le lieu de la remise ; sur le sort de celle faite aux domestiques attachés au ménage, aux facteurs et employés, au conducteur. Sur tous ces points, l'article 107 prévient et rend impossible toute distinction entre les entrepreneurs et les voituriers.

[1] *Gazette des Trib.*, 30 janvier 1858, n° 9621.

429. — Une responsabilité spéciale aux premiers est celle des accidents arrivés à la personne des voyageurs. Se vouer au transport des personnes, c'est contracter l'obligation de prendre toutes les mesures qu'exige leur sécurité; c'est s'engager à fournir des voitures solides et en bon état; à en conférer la direction et la conduite à des hommes avisés et prudents, toute négligence, toute inertie, et à plus forte raison toute faute, a pour conséquence forcée la réparation du préjudice qu'elle a occasionné.

L'obligation de fournir une voiture solide et en bon état est absolue. L'État lui-même, qui s'est reservé la faculté de permettre la circulation, ne délivre le permis que lorsque la voiture, à l'occasion de laquelle il est sollicité, lui parait réunir ces conditions. Mais ce qui pour les voyageurs décide de la réalité de ces conditions, c'est l'événement lui-même. Ainsi lorsque les entrepreneurs ont prétendu repousser les conséquences du vice de la voiture, en se prévalant de la loi du 28 juillet 1828 on leur a répondu que le permis de circulation donné par l'autorité compétente n'était qu'une mesure purement administrative autorisant la circulation, mais ne pouvant, dans aucun cas, créer une fin de non-recevoir contre l'action des particuliers qui viendraient à être lésés par suite d'un vice de construction de ces mêmes voitures.[1]

430. — C'est sur le conducteur que repose le soin de veiller, au moment du départ, à ce que la voiture soit

[1] Paris, 30 juin 1836.

munie de tousses accessoires, à s'assurer de leur bon état; à prendre dans le cours du voyage toute les mesures prescrites par les règlements et commandées par la sécurité des voyageurs. L'oubli de ce double devoir le constitue en faute et lui impose la responsabilité des conséquences fâcheuses qui en sont résultées.

Ainsi la Cour de Bordeaux jugeait, le 20 février 1845, qu'il y a faute grave de la part du conducteur d'une diligence, soit lorsqu'il entreprend le voyage avec une machine à enrayer qu'il sait être en mauvais état, soit lorsqu'aux descentes rapides il néglige de placer le sabot.[1]

Comme conséquence, la Cour impose l'obligation d'indemniser le voyageur blessé, non-seulement au conducteur lui-même, mais encore à l'entrepreneur. Cette responsabilité était pour celui-ci l'effet direct du choix qu'il a fait du conducteur devenu son substitué et dont il garantit les actes dans l'exécution de la mission dont il l'a revêtu.

431. — La même règle s'applique au postillon qui est chargé de la conduite de la voiture. Sans doute, le postillon ne sera pas toujours préposé par l'entrepreneur, lorsque, par exemple, il a traité avec un relayeur. Mais, dans ce cas, répondant du fait du relayeur, il répond par cela même du postillon que celui-ci a préposé.

La seule difficulté que cette responsabilité ait soulevée est née lorsque l'entrepreneur n'ayant aucun relayeur particulier, la voiture est desservie par les che-

[1] *J. D. P.*, 2, 1845, 152.

vaux de la poste. L'emploi de ces chevaux est forcé, a-t-on dit, les entrepreneurs n'ont à intervenir directement ou indirectement dans la composition de l'attelage, dans le choix du postillon. Il est donc juste de ne faire peser la responsabilité que sur le maître de poste lui-même.

La Cour de Paris, saisie de cette prétention, l'avait repoussée et déclaré que, quelque obligatoire que fût l'intervention du maître de poste, les entrepreneurs n'en restaient pas moins titulaires de l'entreprise, que l'emploi de chevaux de la poste constitue le maître et ses postillons leurs préposés dont ils deviennent civilement responsables, sauf leurs recours contre l'un et l'autre. Cet arrêt, ayant été déféré à la Cour de casation, le pourvoi fut rejeté par arrêt du 27 mars 1835.

Ainsi, que l'accident soit imputable à l'entrepreneur personnellement ; qu'il ne soit que le résultat de la faute ou de la négligence du conducteur ou du postillon, ses conséquences dommageables grèvent l'entreprise elle-même.

432.—La responsabilité ne s'efface qu'en cas de force majeure. On ne peut garantir les événements qu'il était impossible de prévoir et d'empêcher.

Dans notre matière, les exigences de la sécurité des voyageurs faisaient un devoir d'apporter plus de sévérité encore dans la détermination du caractère constitutif de la force majeure. Toute indulgence à cet égard pouvant porter les entrepreneurs à se relâcher des précautions auxquels ils sont astreints, était dans le cas de compromettre la sûreté et la vie des citoyens.

Cette considération n'a pas été négligée par la jurisprudence, qui en a fait le fondement de ses décisions. Certes, la rupture de la machine à enrayer, de la chaîne du sabot, d'un essieu, est un événement fortuit, mais on ne lui a reconnu le caractère de force majeure que lorsqu'il n'a pas été possible de l'attribuer à la négligence de l'entrepreneur ou de ses préposés. Nous venons de voir la Cour de Bordeaux le décider ainsi dans le cas de rupture de la machine à enrayer.

Déjà et par arrêt du 9 août 1837, la Cour de cassation avait déclaré que l'application des faits pouvant constituer la faute ou la négligence de la part d'un entrepreneur d'une voiture publique ou de ses préposés, et par suite entraîner sa responsabilité à raison des accidents arrivés aux voyageurs, rentre dans le domaine exclusif des juges du fond ; spécialement que, bien que la chute d'une voiture ait eu pour cause immédiate la rupture d'un essieu, les juges peuvent décider qu'elle provient de la faute de l'entreprise, alors surtout qu'il est établi que la voiture était en mauvais état au moment du départ ; qu'il y avait surcharge de voyageurs, et qu'elle était conduite avec une extrême vitesse.[1]

Enfin, la Cour de Lyon décidait, le 22 janvier 1847, que la rupture indiquée comme la cause de l'accident ne constituait pas de plein droit la force majeure ; que c'était aux entrepreneurs à prouver qu'elle n'a pas été le résultat d'un mauvais état d'entretien.[2]

[1] *J. D. P.*, 2, 1837, 316.
[2] *Ibid.*, 2, 1848, 91.

433. — Cette jurisprudence fait une juste application du principe sur le caractère de la force majeure. Celle-ci n'est acquise que par la certitude que l'événement s'est produit spontanément et sans avoir éte précédé ou accompagné d'un fait reprochable. L'existence de ce fait déterminant la possibilité de lui attribuer l'accident, la possibilité suffit pour qu'on l'y rattache. Nous avons déjà rappelé cette maxime de l'école italienne : *Nempe quod possibile est, ex causa illa effectum sequi; dicit culpam ad casum ordinatam, si ex ea poterat evenire casus.*[1]

Or, il est évident que le mauvais état de la voiture, que la surcharge de voyageurs, que l'extrême vitesse ont pu et dû influer sur l'accident, en déterminant, soit la rupture de la machine à enrayer, soit celle de l'essieu, ou tout au moins en en rendant le danger plus imminent et plus prochain. Il est possible que sans leurs concours l'accident ne se fût pas réalisé, et cette possibilité lui enlève tout caractère de force majeure.

Donc, l'entrepreneur alléguant celle-ci pour se soustraire à la responsabilité, doit prouver non-seulement que l'événement dommageable a été réellement imprévu et fortuit, mais encore que toutes les précautions tendantes à le prévenir et à l'empêcher ont été prises par ses employés et par lui. L'omission de l'une de ces précautions le constituerait en état de faute et le rendrait responsable des conséquences de l'événement.

Cette sévérité d'appréciation a un fondement légitime

[1] Casaregis, *Disc.*, 23, nos 54 et 55.

dans la nécessité que nous indiquions tout à l'heure de veiller à la sécurité des voyageurs, et en conséquence de prévenir tout acte de nature à la compromettre. Or, ce but ne pouvait être atteint que par une répression énergique, capable de maintenir ceux qu'elle menace dans les devoirs qui leur sont imposés.

Cette conviction, qui dictait les arrêts que nous venons de citer, déterminait la Cour de Douai à déclarer, le 20 décembre 1829, que les entrepreneurs de voitures publiques sont responsables des blessures faites aux voyageurs dans l'intérieur de la voiture par un morceau de verre laissé par négligence dans la paille destinée à recevoir les pieds.[1]

De son côté, la Cour de Rouen jugeait, le 24 février 1821, que lorsque deux diligences cherchant à se dépasser mutuellement, l'une d'elles vient à verser, les entrepreneurs des deux voitures sont solidairement tenus envers les voyageurs qui ont souffert de cet accident.

434. — La responsabilité pesant sur l'entrepreneur quant aux actes de ses préposés, n'est qu'une responsabilité civile. Ses effets profitent exclusivement à celui qui est dans le cas de s'en prévaloir, et ne sauraient jamais avoir pour résultat d'exonérer l'auteur de la faute de l'obligation de réparer le préjudice dont elle est l'origine.

Ainsi, l'entrepreneur condamné à désintéresser le réclamant, a son recours incontestable, soit contre le conducteur, soit contre le postillon ou le relayeur qui l'a

[1] *J D. P.*, 1, 1841, 243.

préposé. Il doit être relevé et garanti de toutes les adjudications prononcées contre lui par l'auteur de la faute ayant déterminé l'accident.

435. — La certitude de ce recours et sa légitimité ont fait surgir la question de savoir si le poursuivant pouvait agir directement contre l'entrepreneur lorsque la faute était du fait du conducteur ou du postillon. Dans l'espèce de l'arrêt de Bordeaux, du 2 février 1845, on excipait comme fin de non-recevoir contre la demande, de ce qu'elle était exclusivement dirigée contre l'entrepreneur et non simultanément contre le conducteur reconnu l'auteur de la faute, mais cette prétention fut repoussée. La Cour déclare que la présence de celui-ci dans l'instance n'intéresse que l'entrepreneur évidemment responsable et au point de vue de son recours ; que c'était à lui à l'appeler dans l'instance, s'il le croyait utile.[1]

Le voyageur lésé est donc libre d'agir suivant qu'il le juge utile ou convenable, d'attaquer simultanément tous ses débiteurs ou de se borner à poursuivre l'entrepreneur; il ne perd cette faculté que si, usant du droit qui lui appartient, il exerce son action devant la justice correctionnelle. Celle-ci, en effet, ne peut accorder une réparation pécuniaire que si la culpabilité du prévenu est établie, et celle-ci ne peut jamais être prononcée en l'absence de celui à qui le délit est directement reprochable.

Donc, le recours à la voie correctionnelle oblige le poursuivant à mettre en cause non-seulement le civilement

[1] *J. D. P.*, 2, 1845, 192.

responsable, mais encore l'auteur de la faute, conducteur ou postillon. Toutefois, l'omission de ce devoir ne crée aucune fin de non-recevoir; le tribunal investi doit, non relaxer le responsable, mais surseoir à statuer jusqu'à la mise en cause de l'auteur du délit et fixer le délai dans lequel cette mise en cause devra être réalisée.[1]

—

ART. 108.

Toutes actions contre le commissionnaire et le voiturier, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, sont prescrites après six mois pour les expéditions faites dans l'intérieur de la France, et après un an, pour celles faites à l'étranger; le tout à compter, pour le cas de perte, du jour où le transport des marchandises aurait dû être effectué, et pour les cas d'avarie, du jour où la remise des marchandises aura été faite; sans préjudice des cas de fraude ou d'infidélité.

SOMMAIRE.

436. Nécessité d'une prescription de courte durée en faveur des commissionnaires et voituriers.
437. Objection que souleva le délai de six mois, proposé par la section. Réponse.
438. La prescription n'est pas applicable au défaut d'envoi. D'où peut résulter ce défaut.
439. Le commissionnaire répond du défaut d'envoi par l'in-

[1] Cass., 24 décembre 1830, et 31 janvier 1833.



436. — La nécessité d'une courte prescription, en faveur des commissionnaires et voituriers, naissait de la

nature des choses. On devait d'autant moins les laisser sous le coup de la responsabilité pendant longtemps, qu'il n'est pas dans les habitudes commerciales, lorsqu'une marchandise n'arrive pas, de négliger de la réclamer, ou de ne pas réclamer immédiatement lorsqu'elle arrive en état d'avarie.

Le doute ne pouvait donc exister que sur le délai qu'il convenait d'accorder. Celui de six mois, proposé par la commission, fut adopté. On avait objecté que, dans un empire aussi étendu que l'empire français, la prescription devait être fixée à un an, mais on répondit que trois mois suffisaient pour opérer des transports d'Anvers à Bayonne; qu'il ne fallait pas six mois pour les effectuer de Marseille et d'Arles à Paris et à Rouen, par le Rhône, la Loire et la Seine.

437. — Le délai de six mois pour l'intérieur souleva une autre objection. La section, en proposant l'article 108, n'avait pas déterminé les cas auxquels la prescription s'appliquait. On pouvait donc croire qu'elle était instituée contre l'action pour défaut d'envoi comme pour celle en indemnité pour avarie ou perte; et, dans cette supposition, on trouvait le délai de six mois insuffisant.

Mais la section, loin d'adopter cette extension, avait au contraire entendu l'exclure. Elle n'avait pas voulu faire de la prescription un moyen de violer impunément le contrat, en s'abstenant de l'exécuter. C'eût été encourager le défaut d'expédition, en permettant aux commissionnaires et voituriers de devenir propriétaires des effets qui ne seraient jamais sortis de leur possession, la

prescription de l'article 108, disait le rapporteur de la section, ne fait pas cesser la responsabilité pour défaut d'envoi, mais seulement la responsabilité pour perte ou avaries.

Le conseil d'Etat pensa que l'objet de la prescription ainsi restreint, le délai de six mois suffisait. Mais, voulant bannir toute incertitude, il pensa devoir consacrer cette restriction, en ajoutant à l'article : à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises.

438. — Ainsi, la prescription, loin de couvrir l'inexécution du contrat, n'est que la conséquence de son exécution. Cette détermination du caractère de l'article 108 indique et précise les obligations du commissionnaire ou du voiturier en revendiquant le bénéfice. Il doit, avant tout, justifier de la mise en route de la marchandise, et cette obligation a été, avec raison, étendue au commissionnaire intermédiaire lui-même.

Ainsi, le tribunal de commerce d'Orléans déclarait, le 21 février 1838, qu'il y a défaut d'envoi lorsque le commissionnaire, reconnaissant avoir reçu la chose revendiquée, se borne à prétendre l'avoir expédiée sans en fournir la preuve. Cette décision, qui refusait l'application de l'article 108, fût déférée à la Cour supérieure. La cassation en était demandée pour violation de l'article 108 lui-même, et comme contrevenant au principe de l'indivisibilité de l'aveu. Mais, par arrêt du 21 janvier 1839, ce double moyen fut repoussé et le pourvoi rejeté.[1]

[1] *J. D. P.*, 1, 1839, 192.

439. — Dans cette espèce, c'était le dernier commissionnaire qui était seul poursuivi. On n'avait donc pas à s'occuper de la responsabilité de ceux qui avaient successivement reçu et expédié la marchandise, et notamment de celui qui avait directement traité avec l'expéditeur. En supposant qu'il eût été lui-même actionné, aurait-il pu invoquer le bénéfice de l'article 108 et exciper de la prescription de six mois.

Il est évident que le commissionnaire, qui établit avoir transmis la chose à lui confiée à son correspondant, prouve l'envoi, que, dès-lors, il ne tombe pas dans l'hypothèse que l'article 108 a exclu de sa disposition.

Mais le commissionnaire, recevant une chose pour l'expédier, s'engage à un double titre, il est personnellement obligé d'abord, et ensuite responsable de celui qu'il se substitue. Dès-lors, en admettant qu'il ne puisse plus être recherché par l'action personnelle, il n'en demeure pas moins tenu sous le rapport de la garantie. La responsabilité de l'intermédiaire qu'il a choisi lui rend le fait de celui-ci propre et personnel. Dès-lors, si ce dernier s'est placé dans l'impossibilité d'invoquer l'article 108, parce qu'il ne justifie pas de l'envoi, il est lui-même non-recevable à s'en prévaloir, l'obligation de garantie ne s'éteint qu'avec l'obligation principale à laquelle elle est attachée.[1]

440. — On a agité la question de savoir s'il y avait défaut d'envoi dans le cas où la chose a été expédiée à

[1] Liége, 20 avril 1814.

une fausse destination. L'affirmative a été consacrée par la Cour de Paris, le 30 septembre 1812, et par celle de Nîmes, le 20 février 1828. L'opinion contraire a été consacrée par la Cour de Colmar, le 10 juillet 1832.

La doctrine des Cours de Paris et de Nîmes se fonde sur ce que l'obligation du voiturier ou du commissionnaire est d'expédier et de rendre les effets au destinataire; que l'erreur commise sur la destination constitue pour celui-ci l'inexécution du contrat, dont les effets sont régis par le droit commun, auquel l'article 108 n'a dérogé que pour le cas de perte ou d'avarie.

441. — On repoussait devant la Cour de Colmar l'argument tiré du caractère restrictif de l'article 108 par les considérations suivantes. En interprétant sainement et littéralement cet article, on acquiert la conviction qu'ayant pour but de faire cesser la responsabilité du commissionnaire, il a indiqué le cas le plus absolu et le plus général en déclarant cette responsabilité prescrite pour six mois en cas de perte. Or l'article, en disant le plus, a nécessairement compris le moins, la prescription pour la faute la plus grave implique la prescription pour la faute la plus légère. Le commissionnaire pourrait être condamné à des dommages-intérêts considérables, parce qu'il n'aurait pas remis la marchandise à sa véritable destination, et il resterait sous le poids d'une prescription trentenaire, tandis que celui qui, par une faute bien plus grave, aura perdu cette marchandise ou l'aura détériorée par sa négligence, pourrait invoquer une prescription de six mois. Le bénéfice de la loi serait ré-

servé à la faute la plus lourde, la plus irréparable, et refusé à la plus légère ! Enoncer de pareilles conséquences, c'est faire tomber le principe dont elles sont déduites.

Le mérite de ces considérations est incontestable, et ce qui ne permet pas d'en méconnaître l'autorité, c'est qu'elles reposent sur la véritable intention, sur l'esprit réel de la loi.

Ce qui a fait soustraire le défaut d'envoi à l'empire de l'article 108, c'est qu'il ne pouvait pas être qu'on pût acquérir la propriété d'une chose par cela seul qu'on aurait violé l'engagement de l'expédier ou de la transporter dans un autre lieu. Le défaut d'envoi suppose donc que la chose n'a pas cessé d'être et est encore en la possession du commissionnaire ou du voiturier, et que la prescription dans une pareille occurrence, au lieu d'être purement libératoire, serait acquisitive de la propriété.

L'expédition ou la remise de la chose à une destination autre que celle qui lui est affectée n'en a pas moins dépouillé le commissionnaire ou le voiturier. Réellement sortie de ses mains, cette chose n'y rentrera que par la revendication qu'il sera en position d'en faire, lorsque la réclamation du véritable destinataire viendra lui faire connaître son erreur. Il est donc impossible d'assimiler l'envoi à une fausse destination au défaut d'envoi. La possession, qui a motivé pour celui-ci l'exclusion de la prescription de six mois, ne se rencontrant plus dans celui-là, l'exception a perdu sa base légitime, son élément essentiel.

Pour le destinataire, l'envoi à une fausse destination constitue la perte. Que la marchandise n'arrive pas chez

lui, parce qu'elle a péri en route, ou parce qu'elle a été remise à un autre qu'à lui, le résultat est le même. Il y a donc pour lui perte et dès-lors nécessité de réclamer dans le délai de six mois ; une négligence prolongée au-delà de ce terme sort tellement des habitudes commerciales, qu'il est très difficile non pas seulement d'admettre, mais même de supposer.

En dernière analyse, ce que la loi exige pour que l'article 108 soit applicable, c'est que le contrat de transport ait été exécuté, que la chose soit sortie des mains du commissionnaire ou du voiturier. Les vices dont cette exécution peut être entachée, l'erreur à laquelle elle a donné lieu créent un droit incontestable en faveur du destinataire, il y a perte pour lui de quelque manière que se soit réalisé le défaut de réception. Il ne saurait donc recuser l'autorité de l'article 108.

442. — C'est ce que la Cour de cassation a expressément consacré, par arrêt du 18 juin 1838. Dans cette espèce, trois ballots avaient été expédiés. Un premier procès s'engage à l'occasion du défaut d'arrivée d'un de ces ballots. L'expéditeur appelle les commissionnaires qui avaient été successivement chargés du transport du lieu du départ à celui de destination, et les fait condamner à lui en payer la valeur.

Bientôt on apprend qu'un autre ballot n'est pas arrivé non plus. Nouveau procès contre les mêmes commissionnaires, mais on découvre que l'accident provient de ce que le ballot a suivi une fausse route, et le commis-

sionnaire qui l'avait reçu sur celle-ci est appelé en garantie.

Celui-ci, qui n'avait pas été partie au premier procès et qui était actionné après le délai de six mois, oppose l'article 108 et soutient que l'action est prescrite. On soutient que cette prétention doit être repoussée : d'abord, parce que la marchandise n'a été qu'égarée, par suite de la fausse destination qu'elle a reçue, ensuite et subsidiairement parce que le premier procès aurait interrompu la prescription et soustrait la matière à l'empire de l'article 108. Ce double moyen est accueilli par le tribunal de commerce.

Pourvoi par le commissionnaire et cassation du jugement par la Cour suprême : Attendu que c'est méconnaître le texte de l'article 108, que d'admettre une distinction entre les marchandises qui ne seraient qu'égarées et celles tout à fait perdues, pour en conclure que la loi, applicable à ce dernier cas, serait impuissante pour le premier, tandis qu'il est évident que la règle tracée par l'article 108 embrasse les deux hypothèses, et les assujettit l'une et l'autre à la même solution.

Quant au moyen subsidiaire, il est déclaré sans fondement parce qu'une instance judiciaire ne peut être opposée qu'à ceux qui y ont été parties ou appelés et ne saurait produire aucun effet contre celui qui n'y a pas figuré.[1]

Ainsi, dès qu'une marchandise a été expédiée et mise en route, le destinataire ou l'expéditeur doit réclamer

[1] *J. D. P.*, 2, 1838, 197.

dans les six mois. S'il laisse écouler ce délai sans se plaindre, il n'est plus recevable à le faire plus tard, et cela sans pouvoir distinguer le cas de perte matérielle et celui où le défaut d'arrivée provient d'une fausse direction donnée à la marchandise.

443. — Cette règle est générale et absolue. Elle ne comporte d'autre exception que celle que l'article 108 autorise et consacre, à savoir : l'infidélité ou la fraude du commissionnaire ou du voiturier. Cette exception puise ses fondements dans les principes du droit commun et dans les plus simples notions de la morale. Pouvait-on admettre en effet que celui qui, recevant une malle ou une caisse, se permet de la fouiller, substitue une chose à l'autre, s'approprie une partie de ce qu'elle renferme, pût se mettre à couvert derrière une prescription de six mois?

Un pareil résultat répugnait surtout à la législation commerciale qui s'étaye principalement sur la bonne foi. Sans la bonne foi, point de commerce possible. L'intérêt public faisait donc lui-même un devoir et un besoin de réprimer sévèrement tous les actes qui s'en écarteraient. Le dol et la fraude qui arrachent le bénéfice de la fin de non-recevoir, édictée par l'article 105, devaient également être considérés comme un obstacle invincible à se prévaloir de la prescription de l'article 108.

444. — En présence de sa disposition, le doute ne saurait surgir sur les effets de la fraude ou de l'infidélité personnelle, mais les commissionnaires et voituriers ré-

pondent des intermédiaires qu'ils se substituent. Cette responsabilité comprend-elle l'infidélité et la fraude dont ces intermédiaires se rendent coupables, en d'autres termes, le commissionnaire ou le voiturier peut-il se prévaloir de la prescription de six mois, lorsque sa bonne foi étant certaine, l'infidélité et la fraude sont du fait exclusif de l'intermédiaire qu'il s'est substitué?

Au point de vue des principes, cette question pourrait être considérée comme n'offrant aucune difficulté sérieuse et surtout comme peu susceptible de controverse. Les commissionnaires ou voituriers doivent apporter la plus extrême prudence dans le choix de ceux qu'ils se substituent. Si ce choix tombe sur une personne indigne, pourrait-on hésiter entre eux et celui qui en serait la victime. Serait-il rationnel de laisser à la charge de celui-ci l'infidélité de personnes qu'il ne lui a pas été libre de ne pas employer? N'est-ce pas à cette considération qu'est due la responsabilité des agents intermédiaires, et si cette responsabilité est incontestable pour la faute, pour la négligence, pour l'imprudence, comment ne pas l'admettre pour le dol et la fraude? N'est-ce pas surtout contre l'un et l'autre que le commettant a besoin d'être garanti?

Or, si cette responsabilité existe, l'obligation de garantie qu'elle impose vient s'unir et s'incorporer à l'obligation principale et ne peut s'éteindre qu'avec celle-ci. Dès-lors, si cette dernière n'est pas couverte par la prescription, la première ne saurait l'être.

445. — La Cour de Lyon l'avait ainsi consacré, le

5 avril 1824, dans une espèce où une partie de marchandises avait été volée par le portefaix chargé de la rendre à domicile. Elle avait donc repoussé la prescription qu'invoquait le commissionnaire dont les portefaix étaient les agents et préposés.

Mais sur le pourvoi dont il fut l'objet, cet arrêt fut cassé par la Cour régulatrice, le 29 mai 1826 : « Attendu que la fin de non-recevoir, établie par l'article 108, ne peut être couverte qu'autant qu'il y a fraude ou infidélité personnelle à imputer au commissionnaire ou voiturier ; que la Cour de Lyon n'a imputé aucun fait de cette nature au demandeur ; que cependant elle l'a condamné à payer la valeur des marchandises prétendues volées, quoique l'action n'eût été introduite qu'après le délai fixé par l'article 108 ; qu'en le jugeant ainsi, elle a ouvertement violé cet article. »

446. — Nous avons le plus profond respect pour les hautes lumières et l'éminente sagacité de la Cour de cassation. Néanmoins, qu'il nous soit permis de le dire, sa décision est inconciliable avec le principe de la responsabilité des agents intermédiaires, que la loi a expressément écrite dans ses dispositions. Nous ne pouvons concevoir que ce principe, qu'on appliquerait sans hésiter à la faute, à la négligence, à l'imprudence de l'agent intermédiaire, puisse être écarté en cas de fraude et d'infidélité. Le décider autrement, c'est répudier la précaution que le législateur a cru devoir prendre, au moment précisément où elle devient plus urgente et plus

indispensable. Nous n'hésiterions donc pas à nous prononcer dans le sens de l'arrêt de la Cour de Lyon.

447. — Dans tous les cas, l'infidélité et la fraude enlevant la faculté de se prévaloir de l'article 108, ne saurait résulter des diverses fautes plus ou moins graves que le commissionnaire ou le voiturier a pu commettre. Dans une espèce où la marchandise, par sa nature, exigeait des précautions spéciales dans l'emballage, on voulait faire considérer le défaut de ces précautions comme une infidélité, ou tout au moins comme une fraude rendant l'article 108 inapplicable. Une pareille négligence, disait-on, constitue une faute tellement lourde, qu'on doit l'assimiler au dol, et qu'elle a dès-lors empêché la prescription de courir.

Cette prétention devait être repoussée et le fut, en effet.[1] Les termes infidélité et fraude, placés en regard de ceux avarie et perte, déterminent le sens que le législateur a entendu leur donner. L'une et l'autre supposent un acte de déloyauté contraire à la probité. Les fautes commises surtout *in omittendo* n'atteignent jamais ce caractère. Sans doute elles engagent la responsabilité de leur auteur, mais elles peuvent d'autant moins empêcher la prescription que celle-ci est précisément instituée pour en effacer les conséquences. Où serait son utilité, si l'existence de la faute devait la faire écarter ?

[1] Bruxelles, 31 août 1841.

La prescription admise en principe et sa durée convenue, restait à déterminer son point de départ. La section proposait de faire courir le délai de six mois du jour de la date de la lettre de voiture, mais cette détermination avait le double inconvénient de ne pas accorder en réalité les six mois qu'on venait d'exiger ; de faire courir la prescription avant que celui qu'elle menace eût le droit d'agir. Elle fut donc repoussée et remplacée par celle que consacre l'article 108.

448. — En cas de perte, le délai court du jour où le transport aurait dû être effectué. Dès l'instant que les marchandises auraient dû être rendues, et qu'elles ne le sont pas, le devoir du destinataire de s'enquérir de ce qu'elles sont devenues commence, il est en demeure et par conséquent dans la nécessité d'agir.

Ce qu'il y avait en effet à considérer, c'était le défaut d'arrivée au temps voulu, et c'est ici un nouvel argument contre le système des Cours de Paris et de Nîmes sur la fausse destination que la marchandise peut avoir reçue. Dans cette hypothèse, les marchandises n'étant pas arrivées, le destinataire doit les considérer comme perdues ; elles le sont en réalité pour lui, il doit par conséquent agir en conséquence.

Le destinataire ne peut équivoquer sur l'époque où le voyage doit être effectué, surtout s'il a reçu la bonne lettre de voiture qui doit lui être transmise. L'indication sur celle-ci du délai dans lequel le transport doit être effectué, fixe d'une manière pécise l'époque à laquelle devait se terminer le voyage.

Supposons maintenant que la bonne lettre de voiture n'ait pas été transmise, le destinataire, avisé par l'envoi de la facture que les marchandises commises viennent d'être mises au roulage ou vont l'être, sera par cela même en position de prévoir, à quelques jours près, le moment où il devra les recevoir.

Enfin, en admettant contre toute vraisemblance que le destinataire n'a été avisé ni d'un côté ni de l'autre, la position seule de la place où il a fait ses achats, la distance entre elle et celle qu'il habite, suffirait encore pour indiquer quelle doit être la durée du voyage, et pour le fixer sur l'époque où la prescription commencera de courir contre lui.

.Comment d'ailleurs concevoir que l'acheteur tenu de payer dans 30, 60 ou 90 jours ne réclame pas, si au moment où ce payement lui est demandé il n'a pas encore reçu les objets achetés. Que la marchandise ayant voyagé à ses risques et périls, il ne puisse décliner l'obligation de la payer, soit, mais cette obligation elle-même ne deviendra-t-elle pas un énergique stimulant pour se pourvoir contre le commissionnaire ou le voiturier.

La détermination du point de départ de la prescription, telle que l'établit l'article 108, est donc rationnelle, et assure dans tous les cas la suffisance du délai de six mois.

449. — Puisque la prescription ne court que du jour où le transport aurait dû être effectué, il est évident que l'incertitude qui régnerait à ce sujet deviendrait un obstacle à toute prescription. C'est ce que les Cours de Pau

et de Rennes consacraient : la première, le 16 décembre 1814, la seconde, le 27 juillet 1818.

Cette incertitude peut naître du défaut de détermination dans la lettre de voiture du délai concédé pour le voyage, mais en tant seulement que ce défaut a eu pour objet de laisser le commissionnaire ou le voiturier libre d'entreprendre et d'exécuter le voyage lorsqu'il le jugerait convenable.

Si ce défaut de détermination n'était dû qu'à une omission accidentelle, c'est par le moment précis de la remise des effets au commissionnaire ou voiturier que se résoudrait la question. La distance à parcourir, la nature du voyage, les difficultés qu'il est dans le cas d'offrir en feraient apprécier la durée probable, et fixer le moment où la prescription a commencé de courir.

450. — En cas d'avarie, le délai de la prescription court du jour où la marchandise arrivée et remise aux mains du destinataire, son état a pû et dû être constaté ; accorder six mois à partir de ce moment, c'était se montrer fort large en faveur du destinataire, aussi l'exception de prescription n'a-t-elle jamais été dans le cas d'être invoquée contre lui. Les précédents sur cette matière se réfèrent exclusivement à l'action des commissionnaires entre eux.

451. — En effet, quelle que soit la position du dernier commissionnaire vis-à-vis du destinataire, on ne saurait, le cas échéant, lui refuser un recours contre son correspondant de qui il a lui-même reçu les effets. C'est ce

qui explique cette cascade d'appels en garantie qui se réalise dans les procès de ce genre, et qui met ordinairement en cause tous les commissionnaires ayant pris une part quelconque au transport.

Or, il n'est pas douteux que chacun d'eux est dans le cas d'invoquer le bénéfice de l'article 108, il ne répond que pendant le délai de six mois. L'action serait donc prescrite en sa faveur s'il n'était appelé en cause qu'après l'expiration de ce délai. Bien entendu que pour tous les commissionnaires indistinctement, le délai ne court que du jour de la remise au destinataire.

452. — Mais le recours successif n'est utile qu'en cas de réclamation de la part de ce dernier. Le silence qu'il garderait l'imposerait forcément au commissionnarie. De là la difficulté que voici : comment le commissionnaire pourra-t-il utilement exercer son recours en garantie, s'il n'est lui-même actionné que le dernier jour du délai? Devra-t-on nécessairement lui refuser ce recours par application de l'article 108 ?

Il n'a pu être dans la pensée de la loi d'autoriser une déchéance avant même que le droit que cette déchéance tend à anéantir ait pu être exercé. Rien de plus équitable que la maxime contraire, formellement consacrée par la raison écrite : *Contra non valentem agere non currit prescriptio*. Or, qu'elle négligence peut-on reprocher au commissionnaire qui ne s'est abstenu d'agir contre son correspondant que parce que lui-même n'était l'objet d'aucune réclamation de la part du destinataire? Donc, lui faire perdre le droit qu'il peut avoir contre son cor-

respondant, ce serait blesser à son égard tous les sentiments de justice, et le punir d'une faute qu'il n'a pas commise.

N'est-ce pas pour prévenir un aussi odieux résultat que les articles 175 et 176 du Code de procédure civile ont été consacrés. Celui qui est dans le cas d'appeler en garantie, aura un délai franc de huit jours, à dater de l'ajournement principal, pour exercer ce droit. Puis, aux termes de l'article 179 du même Code, l'action en garantie, si ce délai a été observé, s'unit et s'incorpore à l'action principale et ne forme avec elle qu'une seule et même instance. Où serait la sanction de ces dispositions, si la prescription interrompue par l'ajournement principal ne l'était pas également contre les garants.

Nous croyons donc que le commissionnaire actionné le dernier jour du délai ou à une époque tellement voisine de son expiration que son recours en garantie ne pourrait être exercé qu'après cette expiration, peut utilement le réaliser dans la huitaine de l'ajournement principal, augmentée d'un jour par trois myriamètres pour la distance entre son domicile et celui du garant; que celui-ci, s'il a une contre-garantie à exercer, jouira d'un même délai à compter du jour de la demande dirigée contre lui.

Mais l'observation de ce délai est de rigueur. L'appel en cause signifié après son expiration n'aurait pas interrompu la prescription que le défendeur pourrait utilement invoquer.

453. — L'opinion contraire pourrait se prévaloir d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1839. La

Cour de Paris avait jugé, le 3 août 1829, que la prescription de l'article 108 était absolue, en ce sens qu'elle peut être invoquée non-seulement par le commissionnaire primitivement chargé à l'égard de l'expéditeur, mais encore par les agents intermédiaires, soit à l'égard du commissionnaire primitif, soit pour le recours qu'ils peuvent exercer entre eux ; qu'elle n'est pas interrompue par l'action formée en temps utile contre le commissionnaire primitif. C'est le pourvoi contre cet arrêt que la Cour suprême rejetait.[1]

En fait, dans l'espèce, le commissionnaire avait été en position d'exercer son recours en temps utile. Aussi le jugement dont la Cour de Paris adoptait les motifs insistait-il sur cette circonstance véritablement décisive, et qui constituait la négligence que l'article 108 a pour objet de punir. L'impossibilité matérielle n'était donc alléguée que comme un argument en faveur du principe que l'ajournement donné en temps utile à l'un des commissionnaires interrompait la prescription en faveur et contre tous les autres.

C'est donc ce principe déclaré inapplicable à l'espèce par le Tribunal de commerce et la Cour de Paris, qui était seul en cause devant la Cour de cassation, son arrêt dès-lors n'implique même aucun préjugé sur notre question, qu'elle n'était pas mise en demeure de résoudre. Tout ce qu'il juge, c'est que le commissionnaire qui a pu exercer sa garantie dans le délai de l'article 108, est en

[1] *D. P.*, 29, 2, 295, 31, 1, 18.

faute de ne pas l'avoir fait, et qu'il est passible de l'exception de prescription.

Il est vrai que l'honorable rapporteur estime que l'article 108 devrait recevoir sa pleine application, même dans le cas où l'ajournement est donné à une époque qui rendrait le recours en garantie impossible à réaliser dans le délai. C'est là une opinion fort respectable sans doute, mais que l'arrêt n'avait ni à examiner, ni à admettre, ni à rejeter, puisque l'impossibilité était reconnue en fait n'avoir pas existé.

Qu'aurait fait la Cour dans l'hypothèse contraire? D'autant moins consacré l'opinion du rapporteur, qu'elle s'était prononcée en sens contraire le 5 mai 1829.

Dans cette espèce, un commissionnaire tardivement appelé excipait de la prescription, mais l'ajournement principal avait été donné à une date telle que ce recours en garantie n'avait pu être exercé en temps utile. En cet état, le tribunal de commerce avait attribué à cet ajournement principal le caractère interruptif contre toutes les parties, qui n'avaient pu être assignées qu'après l'expiration des six mois. Il avait en conséquence repoussé l'exception.

Son jugement fut déféré à la Cour régulatrice comme violant expressément l'article 108. Mais le pourvoi est rejeté, attendu qu'il est constant au procès que l'obligation relative au transport a été contracté le 30 août 1827; qu'il devait être effectué à Arras dans le délai de vingt-deux jours; attendu que la demande formée par l'expéditeur contre le voiturier est sous la date du 22 fé-

vrier, c'est-à-dire un mois avant l'expiration du délai prescrit pour opposer utilement la prescription.

Mais par suite du recours successif, le demandeur en cassation n'avait été actionné que le 26 mars, c'est-à-dire hors du délai légal. Donc, en repoussant ce pourvoi, la Cour de cassation considérait l'ajournement principal comme ayant arrêté le cours de la prescription.

Cela posé en thèse absolue, on pourrait appliquer à cette doctrine le reproche que le rapporteur de l'arrêt de 1830 lui adressait, à savoir : que l'action que la loi avait voulu restreindre dans un délai très court, durerait un temps infini dans certaines circonstances.

Aussi n'admettons-nous le caractère interruptif de l'ajournement principal que dans le cas où le recours en garantie n'a pu être formé dans le délai, et dans cette hypothèse elle-même que si le recours a été réalisé conformément aux prescriptions des articles 175 et 176 du Code de procédure civile.

Notre solution a donc le mérite de ne pas substituer un délai indéfini à celui de six mois accordé par la loi ; de respecter le principe de souveraine équité, qui ne permet pas qu'un droit puisse être perdu avant qu'on ait pu l'exercer. Elle nous paraît dès-lors concilier la raison et le droit.

454. — Le délai de la prescription est d'un an pour les expéditions faites à l'étranger. Ici encore, et pour ce qui concerne les commissionnaires entre eux, une difficulté grave peut surgir. Est-ce par la destination définitive des effets transportés que se règle le délai applicable

à tous ceux qui ont pris une part quelconque au transport? Est-ce le délai de six mois qui doit être appliqué au commissionnaire qui n'a prêté son concours qu'à l'intérieur? De quel jour court le délai?

Saisie de ces questions, la Cour de Bruxelles déclarait, le 31 août 1814, que bien que les marchandises soient expédiées pour l'étranger, l'action en avarie contre le commissionnaire qui a fait le transport à l'intérieur se prescrit par six mois, et que ce délai court pour chaque commissionnaire du jour où il a remis les effets au commissionnaire qui lui succède, et non du jour de l'arrivée à la destination finale.

455. — Cette solution ne saurait être acceptée dans un sens absolu. Nous croyons qu'elle est susceptible de varier suivant la nature de la mission que le commissionnaire a reçue. Il est évident que celui qui reçoit à Lyon ou à Avignon des effets qu'on le charge de rendre à Avignon ou à Marseille à une personne désignée, a rempli le mandat par la délivrance des effets, au lieu et à la personne indiquée. Peu importe la destination ultérieure que ces effets recevront. C'est là un nouveau voyage distinct du premier, et dont la responsabilité pèsera exclusivement sur celui qui sera chargé de l'exécuter. Donc les commissionnaires de Lyon et d'Avignon n'ont en réalité concouru qu'à un voyage à l'intérieur. L'action contre eux se prescrira par six mois, du jour de la remise au consignataire à Marseille.

Mais pourrait-on le décider légalement ainsi dans l'hypothèse suivante : un commissionnaire de Paris se charge

d'un colis pour Gênes; sans aucun moyen pour effectuer lui-même ce transport, il charge son correspondant de Lyon, à qui il transmet le colis, de le faire parvenir à sa destination. Celui-ci délègue ce soin à son correspondant à Avignon qui, à son tour, le délègue à son correspondant à Marseille qui embarque les effets.

Dans cette hypothèse, le colis n'a jamais eu qu'une seule destination, à laquelle chaque commissionnaire s'est successivement engagé à le faire parvenir. La part qu'il a prise à l'expédition n'est que l'exécution partielle du voyage, et non un voyage distinct. Chacun d'eux n'ayant que rempli l'ordre qu'il recevait de son correspondant, a naturellement son recours contre celui-ci. Comprendrait-on que le commissionnaire de Marseille fût responsable pendant un an, et que l'action n'étant dirigée contre lui que plus de six mois après qu'il a reçu lui-même la marchandise, il fut déchu du droit de recourir contre celui qui la lui a transmise. Ce serait là évidemment méconnaître le principe que l'obligation accessoire dure autant que l'obligation principale,et admettre la prescription d'un droit avant même qu'il eût pu être exercé.

On pourrait d'autant moins le consacrer, que dans notre hypothèse chaque commissionnaire doit se contenter de l'état apparent des effets qu'il reçoit ; qu'il ne peut ni les vérifier ni les déballer; que par conséquent ce serait l'exposer à souffrir de la fraude qu'on aurait employée pour déguiser leur état réel, et le punir lorsqu'il n'aurait rien à se reprocher.

Nous estimons donc que nos questions doivent se ré-

soudre par la nature du contrat. Si l'expéditeur à l'étranger, ayant lui-même traité du transport de Marseille à Gênes par exemple, charge le commissionnaire de Paris d'expédier les effets à la maison de Marseille avec laquelle il s'est entendu, le commissionnaire et les intermédiaires qu'il s'est substitué n'ont fait qu'une expédition à l'intérieur, ils sont donc fondés à invoquer la prescription de six mois qui court en leur faveur du jour de la remise de la marchandise à Marseille.

Si le commissionnaire de Paris s'est chargé de rendre les effets à Gênes, il est responsable pendant un an, du jour où la marchandise est arrivée ou a dû arriver à cette destination.

Il en est de même des intermédiaires, si leur mission a été d'acheminer les effets à Gênes même. Ils ne pourraient exciper de la prescription de six mois que si le commissionnaire de Paris ayant traité directement du transport de Marseille à Gênes, ils n'avaient été chargés que de faire parvenir les marchandises à Marseille et de les remettre à une personne désignée.

456.— L'article 108 ne régit-il que les commerçants.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 juillet 1816, se prononce pour l'affirmative, et juge en conséquence que cet article n'est pas applicable au transport d'une malle qu'un particulier confie à un commissionnaire de roulage pour la faire arriver à sa destination. On a prétendu, dit M. Troplong, que cet arrêt va trop loin, parce que le voiturier est commerçant, et qu'il serait contraire aux usages du commerce de le forcer à conserver pendant

trente ans la preuve de la remise. On a en outre invoqué le décret du 1er août 1810, qui ordonne, après six mois, la vente aux enchères, et à la diligence de l'administration des Domaines, des effets transportés par voitures publiques ou messageries, pour le produit en être versé au Trésor royal. Il n'y a qu'un mot à répondre à ces objections, c'est que l'article 108 du Code de commerce ne parle que de l'action pour perte ou avarie *des marchandises*. Le mot est textuel et deux fois répété. Or, la malle d'un particulier n'est pas une marchandise.[1]

457. — Cela peut être vrai pour le particulier, mais ne saurait l'être pour le commissionnaire de roulage ou le voiturier. Celui-ci, en effet, ne reçoit une malle qu'au même titre qu'une marchandise ordinaire, elle ne lui est payée comme celle-ci qu'à proportion du poids et au prix de la marchandise elle-même. Où serait donc le motif de distinguer, en cas de perte ou d'avarie.

Imposer au commissionnaire ou au voiturier l'obligation de répondre pendant trente ans de la malle qu'il a reçue d'un particulier, c'est méconnaître le caractère et l'esprit de la loi. L'article 108 notamment a voulu non pas seulement punir l'expéditeur négligent, mais surtout protéger l'industrie de roulage, si recommandable au point de vue de l'intérêt public lui-même. On ne saurait donc, sans annihiler cette protection, sans compromettre cet intérêt public, refuser d'accorder la prescription limi-

[1] *Du Louage*, n° 928.

tée pour tous les actes, qui ne sont en réalité que l'exercice direct de cette industrie.

D'ailleurs, est-ce que les motifs qui militent contre le commerçant perdent de leur autorité à l'endroit des particuliers? Est-ce qu'il est naturel que celui qui ne reçoit pas sa malle reste plus de six mois sans la réclamer? N'est-il pas en mesure et dès-lors en demeure d'intenter son action dès que le retard qu'il éprouve dépasse toute possibilité, toute vraisemblance? La déchéance que sa négligence lui fait encourir n'est donc qu'une peine aussi juste que légitime. Nous ne saurions comprendre que le voiturier pût invoquer la prescription de six mois pour un ballot valant quelques centaines de francs, et qu'on lui refusât ce droit pour une malle en valant plusieurs mille, c'est-à-dire qu'on lui retirerait la protection que le législateur a voulu lui accorder, au moment où elle deviendrait pour lui plus nécessaire et plus efficace.

Qu'importe que l'article 108 ne parle nommément que des marchandises, la loi ne pouvait se préoccuper que de l'hypothèse qui s'offrira le plus souvent, et il était tout naturel que le mot marchandise se trouvât sous sa plume l'orsqu'il s'agissait de commissionnaires de roulage et de voituriers. Mais c'est là un terme générique comprenant tous les effets susceptibles de transport, nous en trouvons la preuve dans la disposition de l'article 107.

Pour les entrepreneurs de déligences, le transport des marchandises proprement dites n'est qu'une exception, ce sont surtout les malles et paquets des particuliers qu'ils reçoivent. Or, les déclarer responsables pendant trente ans, ce serait violer l'article 107, qui leur rend

communes non pas les dispositions des articles précédents, mais celle du titre entier, c'est-à-dire celle de l'article 108 notamment, à quoi bon cette déclaration s'ils ne peuvent en invoquer le bénéfice contre les voyageurs.

M. Pardessus a donc raison contre M. Troplong, contre la Cour de cassation elle-même; on ne peut, dans l'application de l'article 108, distinguer entre les effets remis par un commerçant et ceux remis par de simples particuliers, ni restreindre aux premiers la prescription que cet article édicte.[1]

Les recueils de jurisprudence indiquent, comme contraire à la doctrine de la Cour de cassation, un arrêt de la Cour de Rennes, du 25 juillet 1820. Mais la différence entre ces deux arrêts est uniquement dans les résultats, le dernier n'applique l'article 108, que parce que la malle ne contenant que des livres achetés pour les revendre, il s'agissait réellement de la réclamation d'une marchandise.

Loin donc d'être en opposition avec la Cour de cassation, la Cour de Rennes se range à sa jurisprudence. Si les considérations que nous venons d'exposer sont juridiques, la cour de Rennes, à son tour, aurait mal interprété la loi.

[1] N° 554.

FIN.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES



Le Chiffre indique le numéro des Sommaires.

A

C

E

F

P.

R.

T

V

FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

APPENDICE

LOI MODIFICATIVE

DU TITRE VI, LIVRE I DU CODE DE COMMERCE

ADOPTÉE PAR LE CORPS LÉGISLATIF

DANS SA SÉANCE DU 4 MAI 1863

TITRE VI.

Du Gage et des Commissionnaires.

SECTION Ire.

DU GAGE.

ART. 91.

Le gage constitué soit par un commerçant soit par un non-commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce.

Le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut aussi être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie.

A l'égard des actions, des parts d'intérêts et des obligations nominatives des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, le gage peut également être établi par un transfert à titre de garantie sur lesdits registres.

Il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 2075 du Code Napoléon, en ce qui concerne les créances mobilières dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification faite au débiteur.

Les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par le créancier gagiste.

ART. 92.

Dans tous les cas le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

Le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession : lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture.



ART. 93.

A défaut de payement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers-bailleur du gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage.

Les ventes, autres que celles dont les agents de change peuvent seuls être chargés, sont faites par le ministère d'un courtier. Toutefois, sur la requête des parties intéressées, le président du tribunal de commerce peut désigner, pour y procéder, une autre classe d'officiers publics. Dans ce cas l'officier public, quel qu'il soit, chargé de la vente, est soumis aux dispositions qui régissent les courtiers, relativement aux formes, aux tarifs et à la responsabilité.

Les dispositions de'article 207 inclusivement de la loi du 28 mai 1858, sur les ventes publiques, sont applicables aux ventes publiques de marchandises effectuées en vertu du présent article.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer, sans les formalités ci-dessus prescrites, est nulle.

SECTION II.

DES COMMISSIONNAIRES EN GÉNÉRAL.

—

ART. 94.

Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom, ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant.

Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le Code civil, livre III, titre XIII.

ART. 95.

Tout commissionnaire a privilége sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées, par le seul fait de l'expédition, du dépôt ou de la consignation, pour tous les prêts, avances ou payements faits par lui, soit avant la réception des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en sa possession.

Ce privilége ne subsiste que sous la condition prescrite par l'article 92, qui précède.

Dans la créance privilégiée du commissionnaire sont compris, avec le principal, les intérêts, commissions et frais.

Si les marchandises ont été vendues et livrées pour

le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse, sur le produit de la vente, du montant de sa créance, de préférence aux créanciers du commettant.

SECTION III.

DES COMMISSIONNAIRES POUR LES TRANSPORTS PAR TERRE ET PAR EAU.

ART. 96, 97, 98, 99, 100, 101 et 102.

(Comme au Code de commerce.)

SECTION IV.

DU VOITURIER.

(Comme au Code de commerce.)

Notre Commentaire du titre VI était imprimé et prêt à paraître lorsque la présentation du projet qui le modifie, et qui a depuis reçu la sanction législative, vint en retarder la publication. Il ne nous parut pas possible d'omettre un fait aussi considérable. On nous l'aurait reproché comme une faute.

Nous avons donc étudié les dispositions nouvelles, et avant d'en aborder l'examen, d'en rechercher la nature, nous nous sommes demandé si elles étaient opportunes, nécessaires et réellement utiles.

Résoudre négativement cette question, c'est nous exposer encore au reproche d'être peu enclin aux innovations que nous adressait naguères, si obligeamment d'ailleurs, le *Journal du Palais*.[1] Nous l'avouons sans peine, modifier sans cesse la législation, nous paraît une œuvre grosse de difficultés et de dangers par le trouble qu'elle jette dans les transactions.

Malheureusement nous n'y sommes que trop portés. C'est, au dire d'écrivains, de jurisconsultes les plus éminents, un des travers de notre caractère national.

Etrange peuple, s'écrie Timon, dans un spirituel pamphlet, *et ressemble-t-il à quelque autre ! Que n'avons-nous pas fait sans cesse et défait sans cesse pour le refaire encore ? A propos de tout, à propos de rien, chacun a son bout de projet en poches et veut légiférer.*[2]

Si parfois, dit de son côté M. Troplong, *nos spéculations sont mauvaises, si nous avons été téméraires, imprévoyants ou incrédules, nous tourmentons le législateur de nos réclamations tracassières; nous lui demandons des prohibitions, des nullités. Dans notre manie de tout réglementer, même ce qui est déjà codifié, de tout enchaîner par des textes divers corrigés et augmentés, de tout administrer, même les chances et les revers du commerce, nous nous écrions au milieu de tant de lois existantes :* IL Y A QUELQUE CHOSE A FAIRE.[3]

[1] Année 1862, 12e livraison.
[2] Cormenin, *de la Légomanie*.
[3] Préface du *Commentaire du gage*.

Nous nous sommes défendu contre cet entraînement qu'il faut bien se garder de favoriser, non pas certes que nous poussions l'optimisme jusqu'à croire que tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles. Nous avons applaudi et nous applaudirons à tout ce qui a tendu ou tendra à donner au commerce et au crédit plus d'initiative et de liberté.

Mais nous ne saurions nous payer du mot. Il nous faut la chose. A nos yeux, le véritable, le seul *criterium* de l'opportunité d'une innovation est sa nécessité ou son utilité ; et l'une et l'autre ne peuvent résulter que d'une pratique qui ne permet pas de douter des inconvénients et des dangers de l'état des choses qu'il s'agit de changer.

L'application de l'article 2074 du Code Napoléon au gage commercial a-t-elle nui à notre commerce, entravé notre crédit? Nous l'avouons, rien pour nous n'est plus problématique.

En consacrant une section au gage commercial, la loi nouvelle ne crée aucun droit qui n'existât pas avant. De tout temps, en effet, les commerçants ont pu emprunter et prêter sur gage. La réforme ne porte donc que sur la preuve du contrat, en ce qui concerne les tiers. On a voulu, dit l'exposé des motifs, abroger les exigences de l'ordonnance de 1673 et remplir la promesse de l'article 2084 du Code Napoléon.

Nous ne dirons pas que c'est s'y prendre assez tard, car il n'est jamais trop tard pour rentrer dans le droit chemin; mais le silence gardé jusqu'ici serait dans le cas de faire douter de la nécessité de le rompre. Comprendrait-on que, de 1804 à 1863, on fût resté spectateurs

indifférents aux inconvénients et aux dangers qu'on nous signale aujourd'hui.

On se rend facilement raison de la réserve que s'imposaient les illustres auteurs du Code civil. La tâche de réglementer les transactions commerciales était naturellement dévolue au législateur spécial. D'où vient donc qu'en 1808 celui-ci ne crut pas devoir déroger à la législation de 1673, exigeant pour le gage commercial les conditions que l'article 2074 du Code Napoléon impose au gage civil?

C'est que les exigences de l'ordonnance puisaient leur légitime raison dans les abus qu'elles avaient pour objet de prévenir; *on voyait alors des négociants mettre de côté, déloyalement et au préjudice de la masse, des marchandises dont se trouvait nanti un prétendu créancier gagiste qui n'était qu'un complice de la fraude; dans d'autres circonstances, c'étaient des créanciers qu'on avait favorisés au préjudice de la masse.*[1]

Se précautionner contre de telles fraudes était, pour le législateur, un impérieux devoir, et l'on comprend que celui de 1673 n'ait pas hésité à le remplir.

Malheureusement ses efforts avaient été stériles. Les scandaleux abus des faillites avaient continué. On sait les proportions qu'ils avaient atteint au moment de la refonte de notre législation commerciale.

Ce n'était donc pas le moment de se départir d'aucune des précautions sanctionnées jusque-là, aussi et malgré

[1] Exposé des motifs de la loi nouvelle.

l'obligation que leur semblait en faire l'article 2084 du Code Napoléon, les auteurs du Code de commerce s'abstinrent-ils de déroger à l'article 2074, ce qui était le reconnaître applicable au gage commercial, ce que, d'ailleurs, l'article 95 du Code de commerce décide expressément.

Qu'on ne dise pas que l'article 93 a voulu en tempérer la sévérité. Si dans l'hypothèse qu'il prévoit on dispense d'y recourir, c'est uniquement parce que les conditions qu'elle exige atteignent le but que se proposait l'article 2074. Ce que celui-ci voulait, en effet, c'était prévenir toute simulation, assurer la légitimité du privilége réclamé.

Or, l'expédition de la marchandise est un fait matériel qui défie toute simulation. D'autre part, la spécialité des avances résultera infailliblement du rapprochement de leur date, de celle de la mise en route de la marchandise.

On ne pouvait donc rien exiger de plus. L'objet de l'article 2074 était rempli, mais d'une autre manière. Or, qu'importait la manière d'atteindre le but, si, en définitive, ce but était atteint?

L'article 93 n'était donc pas une dérogation implicite à l'article 2074, il pouvait d'autant plus se dispenser d'y faire appel, que celui-ci ne régit que le prêt sur gage proprement dit. Or, le commissionnaire qui fait des avances sur des marchandises qu'il ne reçoit que pour les vendre, n'est pas le prêteur sur gage auquel cette vente est formellement interdite en dehors du concours de la justice.

Le danger qui préoccupait si justement les législateurs

de 1673 et 1808 a-t-il disparu ? est-il conjuré par notre loi actuelle sur les faillites ? Demandez-le à l'éminent magistrat qui, dans un discours de rentrée demeuré célèbre, en signalait naguères avec tant d'énergie les choquantes imperfections, et ne voyait, aux nombreuses fraudes dont elle devient l'occasion, d'autre remède qu'une refonte générale.

Mais si le danger n'a rien perdu de son intensité ; si aujourd'hui, comme hier, comme toujours, la fraude veille aux portes de la faillite, est-il sage, est-il prudent de lui en faciliter l'accès en abaissant l'une des faibles barrières qui s'opposaient à son développement ? L'intérêt du commerce et du crédit, qu'on invoque cependant, y gagnera-t-il quelque chose ?

Sans doute, et fort heureusement, l'un et l'autre ne sont plus ce qu'ils étaient en 1673 et en 1808. Mais leur progrès même prouverait que la législation dont on croit devoir les affranchir n'avait rien qui leur fût réellement antipathique.

On comprend que ce progrès a pu et dû créer des besoins nouveaux. Mais, pour être justes, il faut reconnaître que nos législateurs successifs s'en sont sans cesse préoccupés et ont cherché à y satisfaire même au point de vue de l'article 2074.

Le gage proprement dit ne pouvait avoir une grande part dans ces préoccupations. Nous dirons tout à l'heure pourquoi ; ce qu'il fallait encourager et faciliter, c'était la consignation de marchandises entre commettants et commissionnaires habitants la même place.

A ce sujet, on pouvait d'autant moins autoriser l'ab-

sence d'un écrit, qu'il était impossible de la prévoir et de la supposer. Comment, en effet, obtenir la restitution de tout ce qu'on a donné, ou se garantir de l'obligation de rendre plus qu'on n'a reçu, si on a omis de constater la quantité et la qualité des choses consignées.

On ne manquera donc pas de le faire et sans regarder au temps qu'exigera cette constatation. L'intérêt qui s'y attache est trop majeur pour qu'il soit même permis d'hésiter.

Mais l'autorité de l'écrit, en ce qui concerne les tiers, était subordonnée à son enregistrement. Ce qui était onéreux dans cette formalité, c'était non une perte de temps, puisqu'elle pouvait être requise plus ou moins longtemps après l'opération, mais les frais que le droit proportionnel entraînait et qui pouvaient être considérables. De là la loi du 8 septembre 1830 et le décret du 26 mars 1848 qui substituent un droit fixe de 2 fr.

On pouvait réduire plus encore le droit, le supprimer même, mais dispenser de l'enregistrement parut et devait paraître affaiblir la proctection qu'exigeait l'intérêt public et exposer les tiers à de nombreuses fraudes.

Telle était si bien la pensée du législateur, qu'il ne reculait pas devant cette dispense, lorsque, par sa position et son caractère, le créancier offrait toute garantie contre la simulation et la fraude. C'est ainsi qu'il dérogeait aux exigences de l'article 2074 du Code Napoléon :

Pour la Banque de France, par la loi du 3 mai 1834 et les décrets des 3, 28 mars, 8 mai 1852, 9 juin 1857 ;

Pour les comptoirs d'escompte et les sous-comptoirs

de garantie, par le décret du 15 mars 1848 et les lois des 23 août 1848 et 10 juin 1853;

Pour le crédit foncier, par la loi du 25 juin 1857.

Enfin pour les magasins généraux, par la loi du 28 mars 1858;

On ne peut donc, même implicitement, reprocher au législateur d'avoir été indifférent ou négligent à l'endroit des deux principales artères de la prospérité publique. Sa sollicitude n'a pas cessé de se porter sur le commerce, sur le crédit, tout en gardant une prudente et sage réserve, tout en s'abstenant de mesures qui pouvaient les compromettre sous prétexte de les protéger.

Cette prudente réserve, on peut s'en applaudir. Loin d'étouffer l'essor des affaires, elle en a plutôt favorisé qu'empêché le développement. Notre crédit a réellement atteint son apogée. A quelle époque, en effet, a-t-il été donné à des emprunts publics, contractés en vue ou à l'occasion d'une guerre, de réunir en peu de jours une somme cinq fois supérieure à celle qu'ils demandaient?

Nier l'immense progrès de notre commerce, c'est nier l'évidence. Les témoignages les plus considérables viennent sans cesse l'attester, et réfutent ainsi des doléances dues le plus souvent à cette inquiète mobilité dont MM. Cormenin et Troplong nous tracent le tableau; à des aspirations qu'il serait impossible ou dangereux de satisfaire.

Il y a peu de jours encore, l'honorable M. Chaix-d'Estange, constatant devant le Sénat l'insuffisance du personnel de la Cour impériale de Paris, en indiquait comme cause *l'augmentation du nombre et l'impor-*

tance des affaires, DUES AU PROGRÈS DE LA FORTUNE PUBLIQUE, A L'IMMENSE DÉVELOPPEMENT DU CRÉDIT, A LA MULTIPLICITÉ DES TRANSACTIONS COMMERCIALES.[1]

La législation qui a permis d'en arriver là n'offrait donc pas les inconvénients et les dangers dont on s'avise aujourd'hui, et semblait écarter l'idée qu'il fût nécessaire de la modifier, au risque de blesser l'intérêt qu'on entend protéger.

Où est d'ailleurs l'utilité de tant se préoccuper du gage; quelque facilité qu'on lui concède, on ne parviendra jamais à l'acclimater dans la matière commerciale.

Il ne faut pas, en effet, confondre le gage proprement dit, avec la remise, contre anticipations, de marchandises destinées à être vendues par celui qui les reçoit. Celle-ci est réellement d'un précieux avantage pour le commerce, et l'on a pu avec vérité dire *qu'elle est non-seulement une ressource pour sortir d'embarras, mais encore un moyen fécond d'agrandir et d'activer les opérations.*

Le remettant, en effet, reçoit d'avance le prix de la vente future et peut ainsi l'appliquer à d'autres spéculations. Cette vente s'opérera dans les conditions les plus favorables, car le consignataire ne manquera pas d'attendre et de saisir l'occasion de la réaliser au prix le plus avantageux, ne fût-ce que pour obtenir un droit de commission plus élevé.

Le gage proprement dit immobilise momentanément les effets qui en font la matière, et le prêteur, qui ne saurait prétendre à une commission, s'en dédommagera

[1] *Moniteur* du 25 mars 1863.

par l'élévation du taux de l'intérêt. Dans la prévision d'une dépréciation que le séjour en magasin peut occasionner, d'une baisse au jour de l'échéance du prêt, des chances d'une vente publique, il exigera toujours plus qu'il ne donne.

Pense-t-on qu'un commerçant se résoudra facilement à recourir à un aussi dangereux secours s'il jouit encore de quelque crédit? Le pourrait-il sans courir à une ruine certaine? Mais le doute seul de l'extrémité à laquelle il est réduit lui ferait fermer toutes les portes, retirer toute confiance ; il n'aurait donc plus à compter que sur ses propres ressources, et que deviendraient celles-ci si, pour se procurer 1,000 fr., il est obligé d'en donner 2 ou 3,000? N'arriverait-il pas fatalement à se trouver sans argent, sans valeurs et sans marchandises?

Ces inconvénients, ce grave danger expliquent et justifient les répugnances du commerce pour le contrat qui en est l'origine et la source. Ces répugnances, la loi nouvelle ne les vaincra pas, parce qu'elle est impuissante à en effacer la cause ; après comme avant, l'emprunt sur gage ne sera que la suprême et dernière ressource d'un commerçant aux abois, que l'infaillible indice d'une catastrophe imminente et prochaine.

C'est cette certitude et le cortège de fraudes qu'elle faisait entrevoir et craindre, qui depuis 1673 jusqu'à ce jour avaient justement alarmé le législateur et lui avaient dicté les précautions que l'intérêt des tiers exigeait impérieusement.

Il convenait d'autant moins de s'en départir, que le contrat de gage proprement dit a été de tout temps

exceptionnel et rare de commerçant à commerçant ; que cette rareté puise, pour l'avenir, une nouvelle et puissante raison dans l'établissement de nos grandes institutions de crédit, à même de satisfaire à tous les besoins, et offrant tant de garanties, de sécurité, de loyauté et de discrétion.

Lever pour tous la barrière qu'on avait si justement abaissée devant eux, c'est à notre avis, sans utilité, sans nécessité réelles, courir la chance de favoriser l'usure, d'encourager et de multiplier les fraudes dans les faillites, aujourd'hui si fréquentes.

L'expérience résoudra le problème, puisse-t-elle réaliser les espérances qu'on a conçues et qui ont dicté la loi nouvelle, et prouver ainsi que cette fois on n'a pas *défait pour refaire.*

En attendant et désormais l'existence du gage pourra être établie, même contre les tiers, par un des modes de preuve autorisés par l'article 109 du Code de commerce, c'est-à-dire par acte public ou sous seing privé ; par le bordereau de l'agent de change ou du courtier, dûment signé par les parties ; par une facture acceptée ; par la correspondance ; par les livres des parties ; par la preuve testimoniale, et, comme conséquence de la recevabilité de celle-ci, par les présomptions. [1]

Le principe est général et absolu, il régit le gage, quelle qu'en soit la matière: denrées, marchandises, inscriptions de rente, actions ou obligations industrielles, effets et valeurs négociables.

[1] V. notre *Comment. de l'article* 109.

Nous n'avons jamais compris qu'on contestât et surtout qu'on refusât à l'endossement à titre de garantie l'effet de conférer au bénéficiaire le privilége de gagiste. C'est cependant ce que des arrêts avaient consacré, mais tout doute à ce sujet se trouve nettement tranché par le nouvel article 91.

Les termes *endossement régulier*, qui se trouvent dans sa disposition, pourraient soulever une difficulté. Il n'y a de régulier que l'endossement qui réunit les conditions exigées par l'article 137 du Code de commerce, donc l'endossement irrégulier ne ferait pas preuve du gage, à plus forte raison s'il était en blanc.

Mais le porteur pourra-t-il, contre les tiers, recourir aux modes de preuve de l'article 109? On connaît la maxime *melius est non ostendere titulum quam ostendere vitiosum*. On aurait donc pu prétendre que, dans le silence du titre, il n'existait aucun moyen de le compléter.

Ce n'est pas ce qu'a voulu le législateur, et la condamnation de cette prétention s'induit de la manière dont il s'est exprimé. En disposant que *le gage pourra aussi être établi*, etc..., il a évidemment entendu, non restreindre la faculté de prouver, mais ajouter un nouveau mode à ceux édictés par l'article 109.

Ainsi, si endossement régulier, la preuve est complète et acquise, sauf si sa date le plaçait sous le coup de l'article 446. On a d'autant moins à recourir à l'article 109, que l'endossement constitue l'acte sous seing privé exigé par cet article, et aujourd'hui dispensé de l'enregistrement.

Si l'endossement est irrégulier ou encore en blanc, le porteur en possession des titres pourrait d'autant moins être empêché de prouver le véritable caractère de cette possession, qu'il serait recevable et fondé à le faire en l'absence de tout endossement.

Le nouvel article 91, s'occupant des actions ou obligations nominatives des sociétés financières ou industrielles, commerciales ou civiles, qui se transmettent par un transfert sur les registres de la société, fait pour elle ce qu'il vient de faire pour les effets transmissibles par endossement. Le transfert opéré à titre de garantie est par lui-même la preuve du gage. A défaut, le possesseur des titres pourra établir, par tous les genres de preuve et même par témoins, qu'ils lui ont été remis à titre de gage

Une difficulté beaucoup plus sérieuse devait être et a été entrevue. Evidemment la loi nouvelle ne dispose que pour le gage commercial. Or, on n'aurait pas manqué de soutenir que celui-là seul avait ce caractère qui était intervenu entre négociants.

Le projet de loi arrêté au conseil d'Etat se bornait à dire : *le gage constitué par un commerçant*, etc...., mais la portée réelle de ces expressions était nettement déterminée par l'exposé des motifs.

« L'article 91, disait-il, fait disparaître pour le gage constitué par un commerçant, soit qu'il reçoive des avances d'un autre commerçant, soit qu'il les reçoive d'un individu non-commerçant, la nécessité des formalités exigées par l'article 2074 du Code Napoléon. »

La commercialité du gage résultait donc pour le conseil d'Etat de la qualité de l'emprunteur, mais on ne faisait

par là que respecter la présomption consacrée par l'article 638 du Code de commerce. C'était donc bien moins la personne que l'acte de commerce qu'on atteignait. D'où la conséquence que le gage constitué par un non-négociant pour un acte de commerce tombait sous l'empire de la disposition nouvelle.

Toutefois, la commission du Corps législatif ne trouva pas cette induction suffisante, elle demanda en conséquence et obtint du conseil d'Etat que l'article fût rédigé tel qu'il existe dans la loi.

L'amendement de la commission a fait disparaître tout doute sur la commercialité de l'emprunt sur gage contracté par un non-négociant pour fait de commerce, mais la difficulté d'application est tout entière dans la destination que les fonds ont reçue. Comment, en effet, prouver qu'ils ont été affectés plutôt à l'acte de commerce qu'aux autres affaires de l'emprunteur?

La prudence conseille donc à celui qui traite avec un non-commerçant dans les conditions de la loi nouvelle, d'exiger non-seulement un acte écrit, mais encore la mention de la cause de l'emprunt et de son affectation à un fait de commerce, à défaut il pourrait bien se voir refuser le bénéfice de la nouvelle disposition par l'impossibilité de prouver celle-ci. Il va sans dire que l'écrit rédigé dans ces circonstances est dispensé de tout enregistrement.

L'effet le plus utile du gage est de donner à celui qui en est nanti le droit de ne restituer ce qu'il a reçu à ce titre que contre remboursement de ce qui lui est dû en capital, intérêts et frais, ou d'en être payé sur le produit

de la vente, par privilége et de préférence à tous autres créanciers.

Ce droit était la légitime conséquence de la nature du contrat, celui qui n'a prêté que sur nantissement a prouvé qu'il faisait confiance à la chose et non à la personne, il était donc rationnel et juste qu'on lui fît une condition meilleure que celle des créanciers qui ont aveuglement suivi la foi de celle-ci.

Mais ce droit n'ayant pour fondement que la détention de la chose, suppose et exige cette détention. Son exercice n'est donc recevable et fondé de la part du créancier, que si le gage a été mis et est resté en ses mains ou dans celles d'un tiers convenu entre les parties.

Cette exigence de la loi nouvelle est la reproduction littérale de l'article 2076 du Code Napoléon. On avait donc prévu que, même en matière ordinaire, il pouvait arriver que la remise du gage dût être effectuée en d'autres mains que celles du prêteur.

A plus forte raison devait-on le prévoir et le supposer pour le gage commercial. Quel que soit en effet le domicile des parties, la marchandise affectée au gage peut se trouver ailleurs qu'à celui du prêteur, au domicile de l'emprunteur, par exemple, ou sur une place quelconque où elle doit être vendue. L'intervention d'un tiers est donc indispensable, et quelles raisons pouvaient l'exclure?

Qu'on possède par soi-même ou par un représentant, on n'en possède pas moins, si en réalité on a la disposition exclusive de la chose. Or, le choix du tiers en mains de qui doit se réaliser le gage constitue ce tiers mandataire du prêteur, ne pouvant et ne devant disposer de

ce gage qu'avec le consentement et sur l'ordre de son mandant, c'est donc ce dernier, et ce dernier seul qui est en possession.

Cette possession n'est pas moins certaine en cas de tradition virtuelle, qui place la chose à la disposition exclusive du créancier ; c'est ce qui se réalise non-seulement lorsque cette chose est dans ses magasins ou navires, mais encore lorsque, déposée en douane ou dans un dépôt public, elle a été transférée en son nom ; ou, lorsque étant encore en cours de voyage, il en a reçu le connaissement ou la lettre de voiture.

La loi nouvelle ne pouvait rien changer à ce qui se pratiquait avant à ce sujet ; dans tous ces cas le privilége est assuré et en dehors de toute contestation.

Il est difficile de supposer une tradition feinte et virtuelle pour ce qui concerne les valeurs commerciales ; elle n'est pas cependant impossible pour certaines d'entre elles : par exemple, les actions ou obligations nominatives des sociétés commerciales ou industrielles qui se transmettent par un transfert sur les registres de la société.

La loi vient d'admettre et de consacrer le transfert à titre de garantie, elle reconnaît donc que ce transfert investit son bénéficiaire de la disposition exclusive des titres qui en font l'objet. En fait et en droit, on ne pouvait le méconnaitre. La réalisation du transfert, alors même qu'elle n'aurait pas été accompagnée de la remise du titre, en rend l'aliénation ultérieure impossible sans le concours et le consentement du bénéficiaire de ce transfert.

Il est dès lors évident qu'en cette matière le prêteur

tiendra beaucoup plus au transfert qu'à la remise matérielle de titres désormais inaliénables par leur titulaire; et ce transfert opéré, le privilége ne saurait être refusé, alors même que, par une circonstance quelconque, la remise matérielle des titres n'eût pas été opérée.

L'Etat n'admet pas sur le grand-livre de transferts à titre de garantie, ce qui n'a jamais empêché les inscriptions de rente de devenir la matière d'un gage.

Mais le créancier n'est réellement en possession que par le transfert de l'inscription en son nom, ce qui le constitue non-seulement détenteur, mais encore seul propriétaire de la rente, sans que le débiteur ni ses créanciers aient le droit ou le moyen de le contraindre à la rétrocéder.

Cette éventualité, facile à entrevoir, a déterminé dans la pratique l'agissement suivant : un acte sous seing privé, rédigé avant le transfert, fixe la qualité des parties et la nature de l'opération. Le débiteur a ainsi le moyen de contraindre, non un nouveau transfert en son nom, mais la vente de l'inscription ou le payement du capital qu'elle représente, déduction faite de ce qui est dû au créancier.

Le gage doit être retiré à l'échéance du prêt. A défaut, le détenteur a le droit d'en poursuivre la réalisation pour se payer de sa créance en capital, intérêts et frais.

Le droit de disposer spontanément du gage ou de se l'approprier n'a jamais été reconnu au créancier. Sous l'empire du Code Napoléon, il devait s'adresser à la justice et faire ordonner ou que le gage lui demeurerait en payement et jusqu'à due concurrence, d'après estimation

faite par experts, ou qu'il serait vendu aux enchères publiques.

Le recours à justice n'est plus obligatoire en matière de gage constitué par un commerçant ou pour fait de commerce. Le créancier est autorisé à faire procéder à la vente huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur du gage, s'il y en a un.

On n'a donc pas prohibé, pour le gage commercial, la faculté concédée par l'article 2077 du Code Napoléon. Mais le tiers bailleur peut ne pas être commerçant ; il aurait donc pu prétendre que, pour ce qui le concerne, la vente devait être ordonnée par la justice. Les termes du nouvel article 93 condamnent et repoussent cette prétention.

Ce même article substitue l'expression *vente publique* à celle de *vente aux enchères* de l'article 2078 du Code Napoléon. Le gage commercial, on pouvait le prévoir, consistera bien souvent en effets de commerce, en actions ou obligations des sociétés commerciales, industrielles ou civiles, en effets publics ou rentes sur l'Etat. Or, toutes ces valeurs ont un cours légal à la Bourse, et on ne comprendrait pas une vente aux enchères, qui, bien certainement, ne donnerait jamais un prix supérieur à ce cours.

On obtiendra celui-ci par une vente publique à la Bourse. Dès-lors, le ministère exclusif des agents de change était forcé. Le projet de loi ne le méconnaissait pas. La commission du Corps législatif crut devoir l'exprimer.

La vente publique du gage consistant en marchandises

ne peut avoir lieu qu'aux enchères dans les conditions et la forme prescrites par les lois des 28 mai 1858 et 3 juillet 1861, et par le ministère des courtiers.

Toutefois, la localité où doit se faire la vente peut ne pas avoir de courtiers ; en cas contraire, il peut paraître plus utile d'employer une autre classe d'officiers publics. On a, à ce sujet, réservé le droit des parties intéressées, en leur permettant de demander que la vente fût confiée à l'un de ceux-ci.

Le projet de loi appelait à statuer sur cette demande le président du tribunal de commerce, ou le juge de paix dans les localités où il n'existe pas de tribunal de commerce. Sur la demande de la commission du Corps législatif, le droit a été exclusivement attribué au président du tribunal de commerce. Nul, en effet, n'est mieux dans le cas d'apprécier les raisons alléguées, et par conséquent la nécessité et l'opportunité de la mesure.

Mais quel que soit l'officier délégué, commissaire-priseur, huissier, notaire ou greffier du juge de paix, il n'est appelé qu'à substituer le courtier. On pouvait donc le placer sur la même ligne que celui-ci et l'astreindre aux règles qui le régissent relativement aux formes de la vente, aux tarifs des honoraires, à la responsabilité.

L'obligation pour le créancier, de faire vendre publiquement le gage, est une précaution contre l'usure, que le débiteur subirait d'autant plus facilement que sa position serait plus critique, la nécessité d'emprunter plus urgente. Il faut que le prêteur soit désintéressé de tout ce qui peut lui être dû en capital, intérêts et frais. Il n'a rien à prétendre et on n'avait rien à lui accorder au-delà.

Cet excédant, il l'eût reçu si, à défaut de payement à l'échéance, il avait pu s'attribuer le gage. La valeur de celui-ci, s'il consiste en marchandises, sera toujours supérieure à la somme prêtée, et plus le profit à réaliser serait considérable, plus certaines cupidités se trouveraient excitées. Elles ne manqueraient donc pas de faire de la cession éventuelle du gage la condition *sine qua non* de leur dangereux secours.

Déjà le Code Napoléon avait pourvu à ce danger et à cette fraude en prohibant d'une manière absolue le pacte commissoire. Le nouvel article 93 s'approprie et renouvelle expressément cette prohibition.

Aucun doute ne saurait s'élever sur la nullité de la clause attribuant le gage au créancier, si elle est stipulée dans l'acte constitutif. Mais cette évidence même est un sûr garant qu'on ne l'y rencontrera jamais. On ne se met pas ouvertement en rébellion contre la loi ; on sauve du moins les apparences, et c'est à la simulation, à la ruse, aux moyens détournés qu'on a recours pour atteindre le but illicite qu'on se propose.

N'est-ce pas cette conviction qui déterminait l'article 2078, parfaitement imité en cela par le nouvel article 93, à déclarer en termes généraux la nullité du pacte commissoire, sans se préoccuper des circonstances et du moment qui le verraient se réaliser.

Cependant la controverse et le doute se sont élevés relativement à cette nullité, lorsque la cession amiable du gage a été consentie, soit dans l'intervalle du prêt à l'échéance, soit après cette échéance.

Bartole admettait la validité de la cession dans le pre-

mier cas. Le débiteur qui a déjà obtenu l'argent, disait-il, ne consent plus au pacte commissoire par nécessité ; sa volonté est libre.

Sans doute, répond M. Troplong, ce n'est plus le besoin d'avoir de l'argent qui arrache une faiblesse à l'emprunteur, mais qu'importe si la pénurie et la crainte de ne pouvoir le rendre exercent sur lui le même empire? Est-ce que le débiteur est dans une position meilleure lorsque le créancier le presse de ses vives instances en l'avertissant que le moment approche de rendre ce qu'il doit ; lorsqu'il le menace de vendre le gage aussitôt que cette heure critique aura sonné ; lorsqu'il obtient de lui, sous cette influence, le pacte lésionnaire en vertu duquel il consent à ce que la chose reste aliénée, si, au jour de l'échéance, tout n'est pas payé?

Bartole étayait son opinion de la loi 34 au Digeste *de Pignorat. act.* Mais M. Troplong établit péremptoirement que l'hypothèse de cette loi n'a rien de commun avec celle sur laquelle Bartole raisonne.

En effet, le jurisconsulte romain suppose que Titius a prêté de l'argent à Sempronius, qui lui a remis un gage. Titius n'étant pas payé, se dispose à faire vendre le gage, alors Sempronius lui écrit et lui offre de lui vendre la chose à lui-même, moyennant un prix déterminé, *certo pretio*. Titius accepte, et l'on passe acte de cette convention.

« Si cet agissement est déclaré valable, continue M. Troplong, c'est que le débiteur, resté maître de la chose engagée, peut la vendre, même au créancier, pourvu que les circonstances ne prouvent pas qu'il n'a pas été libre.

Or, il y a ici contrat de vente parfait ; on y trouve *res*, *pretium*, *consensus*.

« S'inquiètera-t-on du consentement ? Mais, remarquons-le, ce consentement n'aboutit pas à un pacte commissoire, il constitue une vraie vente. Qu'est-ce que le pacte commissoire ? Une vente conditionnelle, une vente soumise à cette condition, si le débiteur ne paye pas tel jour. Ici, au contraire, le jour est arrivé, la dette est échue, il faut payer. Ce contrat n'est, dès lors, qu'une dation en payement pure et simple ; il n'est soumis à aucune condition.

« En ce qui concerne le prix, on sait que dans le pacte commissoire qui convertit le gage en vente, il n'y a pas d'autre prix que l'argent déjà prêté et les intérêts ; le montant de la dette est toujours inférieur à la valeur du gage. Ici il y a prix fixé à nouveau, *certo pretio* ; ceci est de la plus haute importance, ce prix, déterminé entre les parties après un nouvel examen, ôte au contrat toute parité avec le pacte commissoire.[1] »

Ce que la loi romaine validait, notre législation actuelle le consacre, mais conclure de là à la légalité de la cession pure et simple du gage, sans autre prix que le montant de la dette, parce qu'elle aurait été consentie *ex intervallo*, n'est ni rationnel ni logique, on se trouve alors en présence d'un vrai pacte commissoire qu'on ne pourrait tolérer sans violer ouvertement la loi.

Pourrait-on décider autrement si la cession, dans les

[1] *Du Nantissement*, nos 386 et suiv.

mêmes conditions, avait eu lieu postérieurement à l'échéance? Nous ne saurions l'admettre.

L'article 2078 du Code Napoléon prohibe non le pacte commissoire intervenu à telle ou telle époque, mais le pacte commissoire en lui-même et d'une manière absolue. Il le fallait ainsi, car, ainsi que l'observe M. Troplong, ce pacte est empreint d'une dureté excessive; presque toujours la chose donnée en gage est d'une valeur supérieure à la dette; ce n'est qu'en cédant à la contrainte morale du besoin que le débiteur consent à subir l'obligation rigoureuse d'abandonner au créancier une chose qui vaut plus que ce qu'il doit; un tel pacte est donc immoral, *contra bonos mores*, vexatoire; un abus du fort sur le faible, une odieuse spéculation de celui qui a sur celui qui éprouve une nécessité d'argent.

On ne saurait admettre qu'un pareil acte pût être licite dans aucun cas, à aucune époque. Quoi, toutes les précautions prises contre lui aboutiraient à en assurer l'effet!

Car la stipulation du pacte commissoire n'est encore qu'une menace que le remboursement à l'échéance fera disparaître. Ce qui en fait la nocuité et le danger, c'est l'exécution qui lui serait donnée; et l'on voudrait que le législateur qui prohibe celle-là tolérât et consacrât celle-ci? On ne saurait le prétendre sans accuser et convaincre la loi de la plus étrange inconséquence.

On invoque le principe de la liberté des conventions entre majeurs et capables et l'on soutient que l'échéance de la dette a rendu au débiteur toute son indépendance.

Le principe de la liberté des conventions a toujours eu

pour limites nécessaires le respect de la loi, les exigences des bonnes mœurs, de la morale, de l'intérêt public.

Or, le pacte commissoire n'est pas seulement immoral, contraire aux bonnes mœurs, son exécution consacrant l'usure serait encore une grave atteinte à l'intérêt public.

Est-il vrai, d'ailleurs, qu'à l'échéance le débiteur a repris sa liberté, reconquis son indépendance? L'acte lui-même prouve énergiquement le contraire. Est-ce qu'on abandonne une partie quelconque de son avoir, si on était libre de ne pas le faire ?

A nos yeux, la position du débiteur à l'échéance est pire encore que celle qu'il avait soit au moment de la constitution du gage, soit dans l'intervalle. Alors, en effet, le danger qu'il espérait jusque-là conjurer se dresse devant lui pressant, inexorable. Une vente publique, une exécution à la Bourse va divulguer et afficher sa détresse et appeler sur lui le déshonneur et la ruine.

On comprend que, placé ainsi dans l'alternative de consentir un sacrifice plus ou moins considérable ou de subir la chance qui lui est faite, il opte pour le premier. De deux maux il a choisi le moindre. Mais ce choix, il n'a pas été libre de ne pas le faire. Il lui était imposé par la pression et la contrainte.

Lui prohiber tout recours, c'est donc substituer la fiction à la réalité, le mensonge à la vérité. Ce serait de plus ouvrir la plus large porte à l'usure et à la fraude.

Les usuriers sont fort habiles, et leur avidité n'a rien perdu de cette âpreté que lui reprochait l'empereur Cons-

tantin, et qui motivait la prohibition du pacte commissoire.[1]

Ils feront donc de l'abandon éventuel du gage la condition de leur dangereux secours; et cette condition, ils la réaliseront par un acte séparé, daté d'une époque postérieure à l'échéance.

Le débiteur résistera d'autant moins que le prêt lui sera plus indispensable, et que l'espoir de rembourser à l'échéance lui dissimulera le danger de son engagement. Puis, cet espoir déçu, sa spoliation sera consommée, parce que l'acte sous seing privé fera contre lui foi de sa date, et qu'en supposant qu'il fût admis à en prouver la fausseté, il sera dans l'impuissance de le faire.

Le système que nous repoussons ne tend donc à rien moins qu'à effacer la prohibition du pacte commissoire par la facilité qu'il donne de l'éluder. Il est donc impossible de lui reconnaître le moindre fondement dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Son rejet n'intéresse pas seulement l'emprunteur. La protection due aux autres créanciers ne l'exige pas moins, puisqu'un concert entre leur débiteur et le prêteur pourrait leur enlever une partie plus ou moins notable de leur gage.

Nous croyons donc que le pacte commissoire est illégal et nul, après l'échéance comme avant. Son existence est et doit être proscrite à toutes les époques.

Or, à ce sujet, aucun doute ne saurait s'élever. M. Troplong vient de nous le dire, ce qui constitue le pacte

[1] *Quoniam inter alias captationes præcipue commissoriæ (pignorum) legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri.* (*L. ult. de pact. pign.*)

commissoire, c'est la cession du gage, sans autre prix que le montant de la dette en capital et intérêts. On ne saurait donc hésiter toutes les fois qu'on se trouvera en présence d'une cession de ce genre, c'est le pacte commissoire qu'on aura devant soi, c'est-à-dire le pacte que la loi proscrit, parce qu'il est *immoral*, *vexatoire, un abus du fort sur le faible.* En prononcer la nullité est donc pour la justice un devoir.

Si, pour la convention souscrite après l'échéance, cette nullité n'avait réellement aucun point d'appui dans l'article 2078, elle trouverait un fondement juridique dans les lois contre l'usure. On sait que celle-ci ne peut être ni stipulée ni ratifiée ; que l'action en répétition qu'elle ouvre ne se prescrit que par trente ans.

Le prêteur sur gage, comme tout autre créancier, n'a qu'un droit unique, celui d'être payé de ce qui lui est dû en capital, intérêts et frais. Tout ce qu'il exigerait, tout ce qu'il recevrait au-delà ne serait qu'une usure véritable.

Donc, à quelque époque que l'abandon se réalisât, quelque volontaire qu'il eût été, il n'aura ni créé ni pu créer une obligation et un droit. Sa nullité d'ordre public ne saurait être couverte par une ratification postérieure expresse.

Ce caractère et ses effets ne sauraient être méconnus à la cession pure et simple du gage, nécessairement supérieur à la dette. L'auteur de cet abandon serait donc recevable et fondé à en poursuivre l'infirmation et à demander compte de l'excédant de valeur.

Mais nous l'avons déjà vu, le débiteur qui ne peut

céder le gage peut valablement le vendre, non-seulement après l'échéance, mais encore avant. La certitude d'un prix déterminé entre les parties, ou fixé par experts, qui ferait maintenir le contrat dans le premier cas, en assurerait la validité dans le second.

A cet égard, M. Troplong insiste avec raison sur les exigences de la loi romaine *certo pretio*. Il ne faudrait pas, en effet, qu'un acte réprouvé par la loi puisât dans la couleur qui lui serait fallacieusement donnée le moyen de braver la loi et de faire triompher la fraude.[1]

On présumerait facilement celle-ci, si le prix stipulé était sans proportion réelle avec la valeur de la chose. C'est ici surtout qu'il importe d'exiger un juste prix.

On ne saurait, cependant, à ce sujet, tracer une règle uniforme et précise. C'est surtout dans la matière commerciale que la valeur des choses varie considérablement. Ce qui la veille valait fort peu vaudra beaucoup le lendemain.

L'appréciation du caractère de la vente est une question de fait souverainement laissée aux lumières et à la prudence des juges, et qui ne peut être résolue que par les inspirations de leur conscience. Tout ce qu'on peut dire, c'est que, quelle que soit la qualification donnée à l'acte, on ne saurait l'accepter comme vente, si le prix stipulé ne consiste que dans le montant de la dette.

L'empereur Constantin s'était montré fort sévère sur l'effet de la nullité du pacte commissoire. Le gage devait être restitué au débiteur, sauf au créancier à poursuivre

[1] Duranton, t. 18, n. 537 ; Zachariæ, t. 3, p. 172.

ensuite le remboursement de ce qui lui était dû : *Creditores enim, re omissa, jubemus recuperare quod dederunt.*

Cet effet n'a jamais été admis en droit français. De tout temps, comme aujourd'hui, l'annulation du pacte commissoire n'a eu d'autre résultat que de rendre aux parties la position qu'elles avaient avant, et de les soumettre au droit commun en matière de prêts sur gage.

La prohibition faite au créancier de disposer de la chose engagée comportait une exception dans l'hypothèse d'un gage en valeurs ou effets de commerce à une échéance fixe et déterminée. Cette échéance arrivant, on pouvait d'autant moins interdire au créancier le droit d'accepter ou de poursuivre le payement, qu'on le déclarerait responsable des déchéances qui résulteraient de sa négligence ou de son inaction.

Où était d'ailleurs l'inconvénient qui aurait motivé cette interdiction? La valeur du titre encaissé n'a rien d'incertain, elle résulte du titre lui-même et au besoin du payement reçu; et c'est cette valeur intégrale dont le créancier devra faire compte en capital et intérêts du jour de la réception.

Aussi, malgré le silence du Code Napoléon à ce sujet, le droit du créancier n'avait jamais excité ni controverse, ni doute. En l'inscrivant dans ses dispositions, le nouvel article 93 ne fait que sanctionner une pratique universellement admise.

Nous reconnaissons également au créancier le droit de percevoir les coupons échus des rentes, actions ou obligations qui lui ont été remises à titre de gage. Les raisons



sont en effet identiques, l'avantage pour le débiteur incontestable. La solution doit être la même.

La vente réalisée faute de payement à l'échéance, le privilége du créancier passe de la chose sur le prix, il a le droit de se l'appliquer par préférence à tous autres, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû.

Quelle est l'étendue de ce privilége? Quelles sont les avances qu'il garantit?

Le doute, s'il avait pu exister jusqu'ici, serait désormais impossible. Si le nouvel article 91 ne contient rien de précis à ce sujet dans son texte, son esprit, tel qu'il résulte de l'exposé des motifs, est on ne peut pas plus explicite.

« Tel créancier, lisons-nous dans ce document, a voulu, avant de faire des avances, être en possession du gage ; tel autre, au contraire, a commencé par prêter et n'a exigé un gage que plus tard; un troisième a demandé un gage pour certaines avances, puis ces avances ont grossi, et il a exigé que le gage primitif s'appliquât à ces avances nouvelles. Le privilége vis-à-vis des autres créanciers du débieur existe également dans tous ces cas divers, à la condition que les conventions intervenues entre les parties à cet égard, faites de bonne fois et dans les délais de l'article 446 du Code de commerce, soient constatées dans leur teneur et dans leur date par les preuves de l'article 109. Les conventions sont ce qu'elles sont, c'est le mode de preuve à l'égard des tiers qu'il s'agissait de déterminer. »

C'est-à-dire que la loi nouvelle n'innove et ne pouvait rien innover, quant au droit en lui-même. De tout temps,

en effet, les conventions ont été ce qu'elles étaient, et le gage donné en garantie pour les avances faites avant ou après sa remise, en temps non suspect, devait conférer le privilége.

Seulement il n'y avait à l'égard des tiers de convention régulière que celle qui réunissait les conditions exigées par l'article 2074. Il ne pouvait donc y avoir doute, le privilége était ou non acquis, suivant qu'il avait été ou non satisfait au vœu de cet article.

Liée par les termes impératifs de la loi, la jurisprudence ne pouvait varier. En fait, elle n'avait pas varié. M. Troplong lui en adresse cependant le reproche, et il le justifie en signalant une divergence entre des arrêts des Cours de Rennes, Bordeaux, Dijon et la Cour de cassation, et d'autres émanés des cours d'Aix, de Douai et de Nîmes.[1]

Mais, dans aucune de ces espèces, il ne s'agissait d'un gage proprement dit, régi par l'article 2074. Le litige s'agitait entre le commissionnaire ayant fait des avances sur des marchandises à recevoir et la masse du commettant qui avait dû les expédier, ou qui les avait expédiées. C'était donc une question d'application de l'article 93, et en l'admettant ou en la repoussant, suivant qu'il leur paraissait que le premier avait ou non agi en vue de la marchandise, ces divers arrêts ont pu arriver à un résultat différent, sans se contredire le moins du monde.

L'article 93 laissait une certaine latitude à l'appréciation de ce qui constituait la possession effective ou vir-

[1] *Ibid.*, 221 et suiv.

tuelle. L'article 2074 n'en comportait aucune. Avait-il été observé, le privilége était acquis; avait-on omis de s'y conformer, le privilége n'existait pas. Telle était la certitude à ce sujet, qu'on chercherait en vain un exemple de contestation ou de refus dans le premier cas ; d'une *poursuite ou* d'une concession dans le second.

Mais, nous le répétons, il ne faut pas confondre le gage avec l'opération intervenant entre commettant et commissionnaire habitant des localités différentes. Si pour celle-ci la possession de la chose a dû précéder ou déterminer l'avance, l'époque de sa remise a toujours été indifférente quant à celui-là; pourvu qu'elle eût été opérée et constatée en temps non suspect, elle conférait le privilége, soit que la somme eût déjà été donnée, soit qu'elle dût l'être plus tard. *Sive in præsenti contractu, sive etiam præcedat.*

La jurisprudence n'a donc pas varié sur l'affectation à donner au gage, par l'excellente raison que la volonté si formelle de la loi excluait toute possibilité d'une difficulté motivant ou appelant son intervention.

Il n'en sera plus de même à l'avenir. En substituant à l'article 2074 l'article 109, on ouvre le champ à de nombreuses contestations si non sur l'effet du gage, au moins sur l'époque de sa constitution, car il ne pouvait pas venir à la pensée du législateur de déroger aux précautions que l'existence ou l'approche d'une déconfiture inspirait à l'article 446 du Code de commerce.

Le créancier qui excipera d'un contrat de gage devra donc établir non-seulement l'existence, mais encore l'é-

poque du traité, et prouver qu'il ne tombe pas sous l'empire de cet article 446.

N'oublions pas, néanmoins, que le gage que sa dispotion prohibe est uniquement celui qui serait affecté à la garantie d'une dette antérieurement contractée. En conséquence, à quelque époque qu'il eût été donné, le gage produira tout son effet, si en fait les avances sont postérieures à sa remise et n'ont été réalisées qu'en vue et à l'occasion de sa possession.

Les dispositions prises à l'égard du prêt sur gage, en général, dictaient, en quelque sorte, celles à adopter pour les commissionnaires. Il était, en effet, impossible de maintenir pour ceux-ci, dans un cas quelconque, dans celui notamment de l'identité de résidence, la nécessité de se conformer à l'article 2074 du Code Napoléon, alors que, pour le simple prêteur sur gage, on accordait le privilége sans distinction entre le cas où les parties habitaient la même place et celui où elles habitent des places différentes.

Désormais donc, que les marchandises soient expédiées, consignées ou seulement déposées, le commissionnaire a privilége, par le seul fait de l'expédition, de la consignation ou du dépôt, pourvu toutefois que les marchandises lui aient été remises et soient restées en sa possession.

Le nouvel article 95 n'exige même plus que cette possession ait précédé l'avance. Il se contente de la possession, soit effective, soit virtuelle, au moment où le commissionnaire exerce son droit. Il accorde, en conséquence, le privilége pour tous les prêts, avances ou

payements faits par le commissionnaire, soit avant la réception des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en sa possession. Dès que, pour le prêteur ordinaire, le gage pouvait être valablement affecté à la garantie d'une créance antérieure, il n'y avait pas de raison pour qu'il en fût autrement pour le commissionnaire.

Il était cependant indispensable de s'en expliquer, car ainsi que nous l'avons vu, les termes de l'article 93 du Code de commerce motivaient le contraire.[1]

En assimilant sur ce point le commissionnaire au prêteur, la loi impose à l'un les obligations qu'elle fait à l'autre. Ainsi, le commissionnaire réclamant contre le tiers un privilége pour avances antérieures, devra établir et prouver : 1° que l'avance a été faite réellement ; 2° que les marchandises qui doivent, d'après lui, en garantir le remboursement, ont été mises en sa possession dans ce but ; 3° que la convention à ce sujet est intervenue en temps non suspect. Cette preuve pourra être fournie, même contre les tiers, par tous les modes autorisés par l'article 109.

La qualité de commissionnaire faisait entrevoir une circonstance qui ne saurait se rencontrer dans le prêt sur gage ordinaire. Habituellement, le commissionnaire ne reçoit les marchandises que pour les vendre. Ce n'est même qu'en vue de cette vente et du droit de commission qu'elle lui procurera, qu'il aura fait des anticipations. Or, la vente opérée et suivie de livraison a fait sortir la marchandise de ses mains ; il n'en a plus la pos-

[1] V. *sup.*, n. 173 et suiv.

session. Pouvait-on, devait-on, dès lors, considérer le privilége comme perdu ?

Le nouvel article 96 consacre la négative, mais dans l'hypothèse où le commissionnaire, agissant en sa qualité, a vendu en son nom propre et personnel, quoique pour le compte de son commettant. Aucun doute ne pouvait exister raisonnablement. Dans ce cas, l'acheteur ne connaît que le commissionnaire; c'est à lui et lui seul qu'il doit et peut payer. Donc, si celui-ci n'a plus la marchandise, il en détient l'équivalent, et rien ne saurait faire qu'en rendant compte du prix à ses commettants ou ayants cause il dût être privé du droit de retenir ce prix jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû.

Que si le commissionnaire a vendu comme simple mandataire et au nom du commettant, la livraison des marchandises faite aux mains de l'acheteur, on pourrait, non sans raison, contester le privilége qui serait ultérieurement réclamé. Dans ce cas, en effet, le commissionnaire s'est dessaisi de la marchandise, et n'a jamais été nanti du prix. L'acheteur est directement et exclusivement le débiteur du mandant, qui peut seul le contraindre, et avec qui il règlera infailliblement.

Le danger que cette hypothèse offre pour le commissionnaire est un sûr garant qu'elle ne se réalisera que fort rarement. Dans tous les cas, ce danger peut être conjuré, et il le sera si le commissionnaire, usant de son droit de retention, ne livre qu'après avoir obtenu de l'acheteur le payement ou le règlement de ce qui lui est dû. En réalisant ainsi l'effet du privilége, il en a rendu impossible toute dénégation ultérieure.

Nous ne croyons pas qu'on ait pu, dans aucun temps, sérieusement soutenir que le privilége ne couvrait pas le droit de commission. Dans tous les cas, il ne serait plus permis d'en douter, en présence du texte si formel de l'article 95 nouveau.

FIN DE L'APPENDICE.



OUVRAGES DU MÊME AUTEUR.

Traité du Dol et de la Fraude, 3 vol.. . . . . : 24 fr. » c.

Commentaire des titres 1 et 2 du Code de commerce, 1 vol... . . . . 7 50

— des Sociétés, 2 vol . . . . 15 »

— des Bourses de commerce, Agents de change et Courtiers, 1 vol. . . . . 9 »

— des Achats et Ventes, 1 vol.. 8

— de la Lettre de change, des Billets à ordre et de la Prescription, 2 v. 16 »

— livre 2, du Droit maritime, 5 vol.. 40 »

— livre 3, des Faillites et Banqueroutes, nouv. édition, 3 vol.. . . . . 24 »

SOUS PRESSE :

— liv. 4, de la Juridiction commerciale, 1 vol.



